Rechtskraft

und

Vollstreckbarkeit

des im

Firmenprozess ergangenen verurteilenden Erkenntnisses gegenüber den einzelnen Gesellschaftern.

Tübinger Inauguraldissertation

von

Julius Mayer
Justizreferendär.

Stuttgart.
Druck von W. Kohlhammer.
1897.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552309_0118

Rechtskraft

und

Vollstreckbarkeit

des im

Firmenprozess ergangenen verurteilenden Erkenntnisses gegenüber den einzelnen Gesellschaftern.

Tübinger Inauguraldissertation

von

Julius Mayer
Justizreferendär.

Stuttgart.
Druck von W. Kohlhammer.
1897.

I.

Die im Anschluss an die Art. 111 und 112 des Handelsgesetzbuchs aufgeworfene Frage, ob und inwieweit ein im sog. Gesellschafts- oder Firmenprozess, d. i. in einem gegen eine offene Handelsgesellschaft als solche gerichteten Prozess ergangenes Erkenntnis bezw. ein diesem gleichstehender Titel Rechtskraft gegenüber den einzelnen Gesellschaftern habe und in deren Privatvermögen vollstreckt werden könne, ist von jeher von Wissenschaft und Rechtssprechung viel erörtert und verschieden beantwortet worden, so dass das Bedürfnis einer gesetzlichen Regelung derselben immer dringender wurde. Eine solche ist nunmehr in dem vom Reichsjustizamt ausgegebenen Entwurf eines Handelsgesetzbuchs in Aussicht genommen. Derselbe bestätigt übrigens in diesem Punkt im wesentlichen das auf Grund des heutigen Handelsgesetzbuchs geltende Recht, wie sich bei einer eingehenderen Betrachtung des heutigen Rechtszustands, welche den Gegenstand der nachstehenden Erörterung bilden soll, ergeben wird[1]).

---

[1]) Nachdem die vorliegende Arbeit bereits abgeschlossen war, fand der Verfasser, dass dieselbe Frage vor kurzem schon zum Gegenstand einer Dissertation gemacht worden war (vergl. die Dissertation von Dr. B. Noest: „Erlangt das gegen eine offene Handelsgesellschaft ergangene Urteil Rechtskraft gegen die Gesellschafter?“ im Verlag von Gustav Fock in Leipzig) und es erhob sich angesichts dieser Thatsache die Frage, ob eine

Mit der Mehrzahl der auf dem Gebiet der Lehre von der offenen Handelsgesellschaft erwachsenen Streitfragen hat die Frage gemeinsam, dass ihre Beantwortung von der Stellungnahme zur Frage nach der rechtlichen Natur der o. H.G. abhängt; denn nach dieser grundlegenden Frage des handelsrechtlichen Gesellschaftsrechts richtet sich Wesen und Zweck des Firmenprozesses und weiterhin dann die Entscheidung der aufgeworfenen Streitfrage. In der unsicheren, schwankenden Stellung von Theorie und Praxis zu diesem Problem, ein Vorwurf, der selbst unserem obersten Gericht in Deutschland nicht erspart werden kann, ist der Grund für die bunte Mannigfaltigkeit der bezüglich des Verhältnisses der einzelnen Gesellschafter und ihrer Privathaftung zum Gesellschaftsprozess vertretenen Meinungen zu suchen. Wir können, was die Frage nach dem rechtlichen Charakter der o. H.G. anbelangt, drei verschiedene Gruppen von Theorien unterscheiden:

1. die Gruppe der Personifikationstheorien; hieher rechnet die Theorie von der juristischen Persönlichkeit der o. H.G. und die sog. Gesamthandstheorie;

2. die Gruppe der Theorien von der relativ juristischen Person der o. H.G. oder, wie andere sagen, der kollektiven Personeneinheit; die unter diese Gruppe fallenden Theoretiker vertreten allerdings keine völlig einheitliche, in sich geschlossene Auffassung, weichen vielmehr in manchen, wenn auch mehr oder weniger unwesentlichen Punkten voneinander ab, wie sich denn auch schon äusserlich in den verschiedenen Be-

---

erneute Bearbeitung der Frage angezeigt erscheine. Der Verfasser glaubte diese Frage um deswillen bejahen zu dürfen, weil er die in der angeführten Abhandlung verteidigten Grundsätze nicht zu teilen vermag.

zeichnungen, die sie ihren Theorien beigelegt haben, die Differenzierung geltend macht;

3. die Theorie der modifizierten Societät.

Zwar ist von vornherein der Auffassung entgegenzutreten, als ob die einzelnen Vertreter der genannten Theorien ihrerseits zu völlig übereinstimmenden Resultaten in den Folgerungen aus der von ihnen vertretenen Grundauffassung vom Wesen der o. H.G. gelangten. Es ist namentlich zu beachten, dass die unter die zweite Gruppe fallenden Theoretiker die verschiedensten Konsequenzen aus ihrer Auffassung gezogen haben; insofern hat allerdings unsere eingangs aufgestellte Behauptung, dass die Stellungnahme zur Frage nach der rechtlichen Natur der o. H.G. ausschlaggebend sei für die Lösung der im handelsrechtlichen Gesellschaftsrecht auftretenden Probleme, nur eine relative Berechtigung. Allein dem ist entgegenzuhalten, dass jene anscheinenden Inkonsequenzen der Vertreter der zweiten Theoriengruppe ihre Erklärung darin finden, dass sämtliche unter jene Gruppe fallenden Theorien klare und scharfe Begriffe bei Feststellung der rechtlichen Natur der o. H.G. vermissen lassen. Es dürfte demnach ausser Streit sein, dass eine befriedigende Lösung der Frage nach der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des im Gesellschaftsprozess ergangenen Urteils bezw. diesem gleichstehender Vollstreckungstitel gegenüber den einzelnen Gesellschaftern nur dadurch ermöglicht wird, dass zuvor ein sicherer Standpunkt bezüglich der Beurteilung der rechtlichen Natur der in Frage stehenden Gesellschaftsform gewonnen wird.

Wir werden demgemäss zunächst vom Wesen der o. H.G. zu handeln haben, in welcher Richtung übrigens eine erschöpfende Behandlung der auftauchenden Streitpunkte ausserhalb des Rahmens unserer Aufgabe liegt. Das in diesem Punkt gewonnene Ergebnis giebt unmittelbar

Aufschluss über Wesen und Ziel des Firmenprozesses und führt somit zur Lösung der in erster Linie gestellten Frage nach der Rechtskraft des im Firmenprozess ergangenen Urteils gegenüber den einzelnen Gesellschaftern. Bevor wir sodann zur Erörterung der Frage der Vollstreckbarkeit eines im Firmenprozess ergangenen verurteilenden Erkenntnisses in das Privatvermögen der Gesellschafter übergehen, sollen zuvor einige anderweitige Konsequenzen, die sich aus unserer Auffassung vom Wesen der o. H.G. und des Firmenprozesses bezüglich der Stellung der einzelnen Gesellschafter zu letzterem ergeben, kurz besprochen werden. Endlich soll am Schluss unserer Abhandlung noch untersucht werden, inwieweit die bezüglich des rechtskräftigen Urteils gewonnenen Ergebnisse analoge Anwendung bei Vollstreckungstiteln anderer Art zu finden haben, und inwieweit der Entwurf eines H.G.B. die hier verteidigten Sätze bestätigt bezw. abändert.

II.

Die Gesellschaftsform der römisch-rechtlichen societas bildet für einen fortgeschrittenen Verkehr einen etwas schwerfälligen Apparat. Schon im römischen Recht machte sich deshalb, wenn auch noch in bescheidenen Grenzen, das Bedürfnis einer Milderung seiner einseitigen, den Anforderungen des Verkehrslebens ungenügenden Grundsätze geltend. Durch Ausbildung des römischen Peculiarrechts, sowie des Instituts der merx peculiaris und der actio tributoria suchte man Ansprüchen des täglichen Lebens, für welche das noch wenig entwickelte römische Societätsrecht keine geeignete Rechtsform abgab, entgegenzukommen. Wir haben in den genannten Rechtsinstituten die embryonalen Anfänge der späteren, nament-

lich dem modernen Verkehrsleben zu verdankenden grossartigen Entwicklung des handelsrechtlichen Gesellschaftsrechts zu erblicken, ein Gedanke, der mit Recht von neueren Theoretikern [1]) für die Lösung moderner handelsrechtlicher Probleme fruchtbar gemacht worden ist.

Mehr als auf dem Gebiet des gemeinen bürgerlichen Rechts machte sich das Bedürfnis nach einfacheren und beweglicheren Formen für den Verkehr der Gesellschaftsmitglieder mit Dritten und vor Gericht auf dem Gebiet des kaufmännischen Verkehrs fühlbar und führte dort frühzeitig zur Ausbildung der dem heutigen Recht bekannten handelsrechtlichen Gesellschaftsformen. Hierbei eröffnete sich für die Handelsgesetzgebung ein doppelter Weg: sie konnte völlig neue, dem bisherigen Recht unbekannte Rechtsgebilde schaffen oder schon bestehende, unbeschadet ihres charakteristischen Wesens, dem Bedürfnis der Zeit entsprechend um- und fortbilden. Der letztere Weg ist in der Lehre von der o. H.G. beschritten worden, in welcher der römisch-rechtliche Societätsgedanke, wenn auch in modernem Gewande und unter vielfachen Modifikationen wiederkehrt. Zwar hat man dies im Hinblick auf Art. 111 des D. H.G.B., wonach die o. H.G. „unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, . . . vor Gericht klagen und verklagt werden kann", zu leugnen gesucht, indem man in diesen Worten ein völliges Aufgeben des römischen Societätsbegriffs erblickt und die o. H.G. zur juristischen Person stempelt. Allerdings hat die ausländische Gesetzgebung den letzteren Schritt vielfach gethan [2]). Dagegen hat das D. H.G.B.

---

[1]) So namentlich von Dietzel in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht (im folgenden G.Z. citiert) Bd. II S. 1 ff. und Kuntze, das. Bd. VI S. 194 ff. — [2]) So spricht Art. 77 i. f. des italienischen H.G.B. vom Jahr 1889 im Anschluss an Art. 107 des Gesetzbuchs von 1865 von „enti collettivi distinti delle persone

wie auch der Entwurf des revidierten H.G.B.[1]) durch seine Fassung in Art. 111 Abs. 1 die Entscheidung der Frage der Wissenschaft und Rechtssprechung überlassen.

Wenn nun auch zugegeben werden mag, dass mit dem Wortlaut des H.G.B. die Annahme einer juristischen Persönlichkeit der o. H.G. nicht unvereinbar ist, so ist doch nicht ersichtlich, wozu man zu dieser Konstruktion greifen soll, solange eine andere brauchbare Konstruktion auf der Grundlage des Societätsprinzips näher liegt, zumal wenn solche zu klaren und dem praktischen Bedürfnis entsprechenden Konsequenzen führen sollte, wobei natürlich immer vorausgesetzt ist, dass das „charakteristische Symptom" der primitiven Gesellschaftsform, um einen

---

dei soci". Zu Bedenken gab hiebei der italienischen Doctrin der Zusatz: „rispetto ai terzi" Anlass; derselbe führte bei einem Teil der italienischen Handelsrechtstheoretiker zu einer ähnlichen Auffassung, wie der von den Vertretern unserer zweiten Theoriengruppe vertretenen Theorie der relativ juristischen Person oder kollektiven Personeneinheit (einer unità o individualità giuridica im Gegensatz zu persona giuridica). Letztere Ansicht wird beispielsweise vertreten von Vidari: „corso di diritto commerciale" 4a ed. Vol I p. 482, während Vivante: „Trattato theoretico di diritto commerciale" Torino 1894, Vol. II p. 64 ff. an der persona giuridica der o. H.G., die er jedoch einiger rechtlich unwesentlicher Besonderheiten halber „corpo morale" nennt, festhält. Auch die französische Doctrin und Praxis nimmt juristische Persönlichkeit der o. H.G. an; vgl. Dalloz: „code de commerce" n. 118 zu Art. 22: „La société en nom collectif constitue un être moral", und Alauzet: „Commentaire du code de commerce" n. 136: „il est hors de doute et admis par tous que la société en matière commerciale forme une personne morale." Einen eigentümlichen Standpunkt nimmt das englische Recht (vgl. Gesetz vom 14. August 1890) ein, indem dasselbe zwar nicht für England, wohl aber für Schottland der o. H.G. juristische Persönlichkeit („legal person, distinct from the partners of whom it is composed") beilegt. — [1]) Vgl. den mit Art. 111 Abs. 1 des H.G.B. wörtlich übereinstimmenden § 112 des Entw.

Ausdruck Labands[1]) zu gebrauchen, keine Änderung erfahren hat. Letzteres ist nun aber keineswegs der Fall bei Verleihung einzelner Korporationsrechte an eine societas, wie dies fälschlicher Weise die französische Doctrin und im Anschluss an eine Abhandlung von Gelpke[2]) manche deutsche Theoretiker angenommen haben. Die Mehrzahl der letzteren hat denn auch in Übereinstimmung mit der konstanten Praxis des früheren Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts die Theorie von der juristischen Persönlichkeit der o. H.G. verworfen, während die namentlich von Gierke vertretene Gesamthandstheorie ausser diesem ihrem Hauptvertreter wenig Anhänger gefunden hat.

Die Entscheidung der Frage nach der Berechtigung der Personifikationstheorien hängt hienach lediglich davon ab, ob in der o. H.G. trotz der im H.G.B. aufgenommenen korporationsrechtlichen Elemente die wesentlichen Merkmale, das „charakteristische Symptom" der römischen Societät, wiederkehrt oder nicht. Da wir diese Frage, wie weiter unten auszuführen sein wird, bejahen, lehnen wir die Personifikationstheorien ab, womit von selbst auch deren Konsequenzen bezüglich der beiden von uns zu erörternden Fragen nach der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des im Gesellschaftsprozess ergangenen Erkenntnisses hinfällig werden. Was die Stellungnahme der Anhänger der Personifikationstheorien zu diesen Fragen betrifft, so sind dieselben zwar darin einig, dass ein im Gesellschaftsprozess ergangenes verurteilendes Erkenntnis nicht direkt in das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter vollstreckt werden könne; dagegen herrscht unter ihnen Streit über den Umfang der Rechtskraft des in

[1]) Laband in G.Z. Bd. XXX S. 469 ff. — [2]) In seiner Zeitschrift für Handelsrecht Bd. II S. 1 ff.

jenem Prozess ergangenen, die Gesellschaft verpflichtenden Urteils. Folgerichtig erscheint vom Standpunkte jener Theoretiker aus, dem Urteil jegliche Rechtskraft gegenüber den einzelnen Gesellschaftern zu versagen, denn der die Gesellschaft als solche und der gegen die einzelnen Mitglieder der Gesellschaft geführte Prozess ist res inter alios acta; wenn man nun auch ein Correalverhältnis zwischen Gesellschaft als solcher und den einzelnen Gesellschaftern annimmt, so kann doch nach den von der herrschenden Meinung verteidigten römisch-rechtlichen Grundsätzen ein gegen einen correus ergangenes verurteilendes Erkenntnis einem andern correus nicht präjudizieren. Es ist daher Förster [1]), der die Theorie der juristischen Person der o. H.G. verteidigt, beizustimmen, wenn er von diesem Standpunkt aus sagt: „die Verurteilung der Gesellschaft im Vorprozess kann jedenfalls nicht zur Begründung eines Anspruchs gegen den Beklagten in der Art benützt werden, dass dadurch die Gesellschaftsschuld als festgestellt angesehen werden könnte“, während die von Eccius [2]), der ebenfalls Anhänger jener Theorie ist, vertretene abweichende Ansicht, wonach gegen „jeden socius, der zur Zeit des Urteils Gesellschafter war oder es später geworden ist“, das Entstehen der Verbindlichkeit der o. H.G. durch Bezugnahme auf das rechtskräftige Urteil dargelegt werden könne, auf die von ihm für diese Behauptung angeführten Gründe nicht gestützt werden kann. Dass das im Gesellschaftsprozess ergangene freisprechende Urteil auch sämtlichen einzelnen Gesellschaftern gegenüber, die zivilrechtlich für die Gesellschaftsschuld haften, Rechtskraft hat, darüber scheinen die Anhänger aller Theorien einig zu sein, wiewohl sie in der Begründung des Satzes natürlich auseinandergehen.

---

[1]) Förster: Preussisches Privatrecht I § 56 b. — [2]) Eccius in G.Z. Bd. XXX S. 14.

Zu einem abweichenden Resultat gelangt man nur dann, wenn man unter Annahme eines zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern bestehenden Correalitätsverhältnisses den auf das römische Recht zurückgeführten, von der herrschenden Meinung verteidigten Satz in Abrede stellt, dass ein freisprechendes Urteil, das ein Correalschuldner erstritten hat, auch seinen Mitschuldnern präjudiziere.

Wenden wir uns nunmehr zur zweiten Theoriengruppe. Das charakteristische Merkmal sämtlicher hier in Betracht kommenden Theorien — mögen sie unter dem Namen „kollektive Personeneinheit“ (Brinkmann, Jolly, Unger) oder „relativ juristische Person“ (Beseler, Dahn), „selbständige Handelswirtschaft oder Dispositionsgemeinschaft“ (Lastig) oder „Utilitätssystem“ (Busch, Arch. f. Handelsr. Bd. XVIII S. 352) auftreten — ist die Thatsache, dass sie die eigenartige Stellung des Gesellschaftsvermögens im Verhältnis zum Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter unter Berufung auf die Art. 91, 111, 119—122, 126, 131 des H.G.B., die von Eigentum der Gesellschaft, Verbindlichkeiten der Gesellschaft, Erwerb von Rechten durch die Gesellschaft, Klagen der Gesellschaft, Gerichtsstand der Gesellschaft, Rechtshandlungen im Namen der Gesellschaft, Konkurs der Gesellschaft u. dgl. sprechen, zu einer selbständigen Konstruktion, zur Bildung einer neuen Gesellschaftsform verwenden. Sie sehen in dem Gesellschaftsvermögen eine rechtlich selbständige, vom Sondervermögen der einzelnen Gesellschafter getrennte Masse, ein patrimoine distinct, wie die französische Doctrin sagt. Die zur Vertretung der Gesellschaft berechtigten Gesellschafter vertreten nach dieser Auffassung die einzelnen Gesellschafter lediglich in Beziehung auf ihre gesellschaftliche Vereinigung, als Repräsentanten des Handlungsfonds, als eines selbständigen „juristischen Ganzen“, eines „Rechtsganzen“, eines „eigenen Rechtswesens“,

wie Wächter[1]) sich ausdrückt, eines Zweckvermögens im Bekkerschen Sinn oder, wie das Reichsgericht[2]) sagt, einer „Vermögenseinheit", eines „selbständigen Rechtssubjekts". Die Beziehungen der Gläubiger der Gesellschaft zu dieser sind hienach scharf zu trennen von den Beziehungen zu den einzelnen Gesellschaftern; die Solidarhaft der letzteren erscheint gewissermassen als eine Garantieverpflichtung für die Gesellschaftsschuld mit prinzipaler Haftungspflicht, wie denn Kohler[3]) geradezu von einer „bürgschaftsweisen Haftung der socii als solidarer Mitschuldner" spricht und der Entwurf eines H.G.B. in § 117 Z. 2 u. 3 Normen des Bürgschaftsrechts (vgl. § 770 des B.G.B.) auf die o. H.G. überträgt.

Diese Grundsätze auf das prozessuale Verhältnis, den Firmenprozess angewandt, erscheint als dessen Ziel die Inangriffnahme des Handlungsfonds. Die Klage des Gesellschaftsgläubigers ist lediglich auf Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen und nur aus diesem gerichtet. Die Gesellschafter lassen sich nur für die Firma, nicht für ihre Person und ihr Privatvermögen in den Prozess ein; nicht über ihre persönliche Verpflichtung wird im Prozess erkannt, selbst wenn ihr Name im Rubrum der Klage genannt sein sollte, sondern lediglich über Ansprüche gegen den Handlungsfonds. Die soeben geschilderte, mit den Nürnberger Protokollen in Übereinstimmung stehende und durch die konstante Praxis des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts gebilligte Theorie darf als die herrschende bezeichnet werden[4]). Sie ist zurück-

---

[1]) Wächter: „Handelsrecht" II. Teil, S. 22, 25, 28. — [2]) Entscheid. d. Reichsgerichts in Zivilsachen (R.G. cit.) Bd. XVI S. 2 u. 16, XXX, S. 33. — [3]) Kohler: Konkursrecht S. 79. — [4]) vgl. Nürnberger Protokolle S. 277; Entsch. des R.O.H. XX S. 180 ff.; Entsch. des R.G. XIII S. 96 und in der Jurist. Wochenschrift Bd. XXII S. 385/86; fr. Sommer in Gruchots „Beiträge zur Er-

zuführen auf eine Verkennung der rechtlichen Stellung des Societätsvermögens, sowie des charakteristischen Symptoms der Societät und beruht sonach im Grunde auf dem bereits gerügten Fehler, aus der Verleihung einzelner Korporationsrechte an die Societät auf die Veränderung ihrer rechtlichen Natur zu schliessen.

Die Unhaltbarkeit dieser Theorie zeigt sich sofort in ihren Folgesätzen. Sie gelangt zur Annahme eines Rechtssubjekts ohne Rechtspersönlichkeit, ein Übelstand, den man dadurch aus der Welt zu schaffen suchte, dass man immer wieder, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch der Sache nach auf den Begriff der juristischen Person zurückgriff, und konstruiert das juristisch unmögliche Gebilde einer juristischen Person nach aussen und einer Societät nach innen[1]). Auch auf prozessualem Gebiet zeigt sich die Verschwommenheit dieser Theorie in gleicher Weise. Hier, wo es die wichtigen Probleme, die der Firmenprozess aufgeworfen hat, zu lösen gilt, vermissen wir durchweg eine einheitliche Stellungnahme dieser Theoretiker. Speziell bezüglich der Frage der Rechtskraft des im Firmenprozess ergangenen verurteilenden Erkenntnisses gegenüber dem Privatvermögen der Gesellschafter finden wir bei ihnen geteilte Ansichten. Während die Minderheit lehrt, das Urteil erzeuge, was die persönliche Haftung der einzelnen Gesellschafter anbelange, letzteren gegenüber keinerlei Rechtskraft[2]), präju-

läuterung des deutschen Rechts" (cit. Gr. Beitr.) Bd. XXX S. 377; und Habicht in Buschs Archiv für Handels- und Wechselrecht (cit. B.A.) Bd. XLVI S. 346; und von den Commentatoren des H.G.B. namentlich Puchelt, 2 A. n. 4 zu Art. 112. — [1]) Vgl. gegen diese „Verknüpfung logisch unvereinbarer Gegensätze" Laband in G.Z. XXX S. 469 ff., sowie B.A. Bd. XVIII S. 353. — [2]) So namentlich R.O.H. XX S. 180 ff.; Cosack: Lehrb. des Handelsrechts 3 A. S. 564/65; Puchelt: a. a. O. n. 4. zu Art. 112; Dernburg: Preuss. Privatrecht 2 A. II § 221 A. 14.

diziert nach Ansicht der Mehrheit das Urteil auch den einzelnen Gesellschaftern gegenüber bezüglich der Haftung mit ihrem Privatvermögen, d. i. die Gesellschaftsschuld wird im Gesellschaftsprozess ein für allemal rechtskräftig festgestellt [1]).

Hienach sprechen sowohl Bedenken der juristischen Logik als auch Erwägungen praktischer Natur für Ablehnung der unter die zweite Gruppe fallenden, in ihren Grundgedanken übereinstimmenden Theorien, und wir können zur Besprechung der unseres Erachtens richtigen modifizierten Societätstheorie übergehen.

Man streitet darüber, ob der Entwicklungsprozess, den die o. H.G. durchgemacht hat, seinen Ausgangspunkt von der römischen societas genommen hat [2]) oder aber seine Wurzeln in deutsch-rechtlichen Verbandsformen familienrechtlichen Charakters hat. Je nachdem man die eine oder andere Auffassung sich angeeignet hat, glaubte man für oder gegen die Societätstheorie Stellung nehmen zu müssen, m. E. mit Unrecht. Denn nicht das steht in Frage, wo die historischen Anknüpfungspunkte für unsere Gesellschaftsform zu suchen sind, sondern ob in ihr das charakteristische Merkmal der römischen societas wieder-

---

[1]) Vgl. R.G. III S. 57 n. 339; V S. 71: XIII S. 96; und in der Jurist. Wochenschr. Jahrg. 1894 S. 542 n. 3; Hahn, Comm. z. H.G.B. § 7 zu A. 112; Staub, Comm. z. H.G.B. 2 A. § 8 zu Art. 111; Hahn in G.Z. XXIII S. 639; B.A. IV S. 27 u. XLVI S. 355. — [2]) Vgl. Gerber: „Deutsches Privatrecht“ § 195 n. 5: „die offene Handelsgesellschaft ist ihrer ganzen Anlage nach ein so charakteristisches Beispiel des Societätsgedankens, dass ein Einzwingen derselben in den Mechanismus der juristischen Person eine völlige Verunstaltung ihres Thatbestands und eine unverantwortliche Kürzung des Rechtsstoffs um eines seiner lebensvollsten Institute sein würde“; vgl. auch Plathner in Gr. Beitr. Bd. XXXVII S. 68: „die o. H.G. hat ihre Wurzeln in der societas des römischen Rechts“.

kehrt. Ist letzteres der Fall, so haben wir es mit einer römisch-rechtlichen Societät zu thun, so sehr dieselbe auch durch Elemente des Korporationsrechts modifiziert sein mag; denn diese erklären sich aus dem Bedürfnis nach einfachen und beweglichen Formen für den Verkehr der socii unter sich und nach aussen.

Das wesentliche Merkmal der societas, das „charakteristische Symptom“ derselben, ist nun aber, dass die einzelnen socii die Eigentümer des Gesellschaftsvermögens und die Träger der Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschaft sind[1]). Rechtlich unwesentlich ist, ob die Gesellschaft organisiert oder nicht organisiert ist, ob ein Mitgliederwechsel auf den Bestand der Gesellschaft von Einfluss ist oder nicht, ob das Prinzip gleicher oder ungleicher Haftung durchgeführt ist; auch die rechtliche Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens ändert an der Sache nichts, so wenig als in der Lehre vom römischen Peculiarrecht und speziell der merx peculiaris eine Veränderung bezüglich des Subjekts der Sondervermögen angenommen wurde. Das Gesellschaftsvermögen ist gemeinschaftliches Eigentum der socii zu ideellen Quoten, das allerdings manche Eigentümlichkeiten im Vergleich zum römischen condominium aufweist.

Gleichgültig bleibt endlich für das Wesen der Societät, ob die Gesellschafter unter einer eigenen Firma nach aussen auftreten. Denn die Firma ist nichts anderes, als eine durchaus formelle, auf Zweckmässigkeitsgründen beruhende Kollektivbezeichnung der unter diesem Namen sich bergenden einzelnen Gesellschafter, ein signum sociorum, ein „blosser Mechanismus“ zur bequemeren Vermittlung der Beziehungen der Gesellschafter nach aussen, a compendious expression, for denoting the individuals

[1]) Vgl. zum folgenden namentlich Laband a. a. O.

composing the firm[1]). Die Gesellschafter allein und nicht eine von diesen verschiedene juristische Persönlichkeit oder ein sonstiges Mittelding sind die Subjekte des Gesellschaftsvermögens, der Rechte und Pflichten der Gesellschaft, condomini negotiationis[2]). Die gesetzliche Grundlage für diese Auffassung bietet der Art. 112 des H.G.B., der den Societätscharakter der o. H.G. zum unzweideutigsten Ausdruck bringt, indem er das charakteristische Kennzeichen der Societas statuiert[3]). Diese Gedanken auf den Firmenprozess übertragen, erscheint, da Rechtssubjekt und prozessualer Parteibegriff sich logischer Weise decken müssen und die Annahme eines Dualismus zwischen

---

[1]) Lindley: „A Treatise of the Law of Partnership" S. 877. — [2]) Hieraus folgt u. a., dass jeder einzelne Gesellschafter Kaufmann im Sinn des H.G.B. ist; vgl. Goldschmidt: „Handbuch des Handelsrechts" 2 A. S. 469 u. R.O.H. III S. 434 u. XIV S. 210/211. — [3]) Eine eigentümliche Interpretation jenes Art. giebt Laband, a. a. O. S. 507, nach dessen Ansicht vom sog. rechtswissenschaftlichen Begriff der Handelsgesellschaft, der dann vorliege, wenn die socii untereinander in einem vertragsmässigen Verhältnis mit gegenseitigen obligatorischen Wirkungen stehen, der sog. handelsgesetzliche Begriff der Handelsgesellschaft, der lediglich das Verhältnis der Haftung nach aussen betont, wobei die socii keinerlei Rechte und Pflichten gegen einander haben, zu unterscheiden ist. Nach seiner Auffassung wäre die o. H.G. nur ein „Haftungsverhältnis", eine „Firmenhaftung", ein sog. „Rechtsverhältnis nach aussen", bestehend in dem Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma, während nach der herrschenden Meinung das zu Grunde liegende Societätsverhältnis die juristische causa des Haftungsverhältnisses bildet. Vgl. auch Hergenhahn u. Tuchatsch: „Die offene Handelsgesellschaft" S. 18. Gegen die Labandsche Ansicht: Gareis, Lehrbuch des Handelsrechts, 5 A S. 144 Anm. 1 a; Behrend, Lehrb. des Handelsrechts I S. 437, fr. § 94 des Entwurfs eines H.G.B., der mit den Worten beginnt: „eine Gesellschaft, deren Zweck . . ." u. s. w., vgl. die Denkschrift zum Entwurf S. 80.

Prozesspartei und Anspruchssubjekt[1]) ein Unding ist, folgendes als dessen Wesen und Ziel: Im Firmenprozess sind die einzelnen Gesellschafter Prozesspartei und bilden als solche eine Streitgenossenschaft, mag die Klage gegen die Gesellschaft als solche oder nur gegen einzelne Gesellschafter als Vertreter der Gesellschaft gerichtet sein. Denn durch die Zulassung sog. firmierender Gesellschafter als Vertreter der Gesellschaft wird für letztere keineswegs eine materielle Parteifähigkeit, wie sie nur physische und juristische Personen besitzen, begründet, sondern nur eine sog. formelle oder nominelle Parteifähigkeit[2]). Der äussere Schein einer selbständig auftretenden Personeneinheit lässt keineswegs den Schluss auf eine materielle Veränderung der rechtlichen Natur der o. H.G. zu. Die firmierenden Gesellschafter sind hienach nicht gesetzliche Vertreter einer prozessunfähigen Partei im Sinn der C.P.O., sondern die Vertreter der prozessfähigen socii, als welche sie, was die prozessuale Seite des Rechtsverhältnisses betrifft, legitimatio ad processum haben.

Gegenstand der Klage im Gesellschaftsprozess ist hienach die Verpflichtung der einzelnen Gesellschafter mit ihrem ganzen Privatvermögen; eine Beschränkung derselben auf den Handlungsfonds ist schon um deswillen abzulehnen, weil der Umfang der Rechtskraft eines Urteils niemals davon abhängig ist, welche Befriedigungsobjekte

[1]) Hievon handelt ein Aufsatz von F. Stegemann: „Die Parteien im Prozess“ in der Zeitschr. für den deutschen Civilprozess (cit. Z. f. d. d. C.) von Busch-Vierhaus-Schultzenstein, Bd. XVII S. 326 ff.

[2]) Vgl. Wach: Handbuch des Civilprozesses I § 46 S. 520 ff.; Hergenhahn und Tuchatsch a. a. O. S. 194; Entscheidung des Kammergerichts Berlin vom 21. Februar 1890 in der Z. f. d. d. C. Bd. XVII S. 128; in gleichem Sinn ist der nach Anlage II der Denkschrift zum Entwurf eines B.G.B. in Aussicht genommene § 49 a Abs. 2 d. C.P.O., wonach nicht rechtsfähige Vereine wie rechtsfähige Vereine sollen verklagt werden können, auszulegen.

der Kläger in Anspruch nimmt, sondern nur davon, ob derselbe Anspruch Gegenstand des Prozesses ist; auch bedürfte eine solche Beschränkung zu seiner Annahme gesetzlicher Stützen, wozu der Gesetzgeber um so weniger Anlass hatte, als er das Gesellschaftsvermögen gerade im Interesse grösserer Sicherheit der Gesellschaftsgläubiger mit einer gewissen rechtlichen Selbständigkeit ausstattete. Dem im vorstehenden entwickelten Gedanken ist auch in höchstrichterlichen Entscheidungen wiederholt Ausdruck gegeben worden. So spricht eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts in Bd. VI S. 111 von den offenen Handelsgesellschaftern als „Litiskonsorten" im Prozess ihrer Firma, während allerdings in zahlreichen andern Entscheidungen dieses Gerichts mehr oder weniger offen der Standpunkt der unter unsere zweite Gruppe fallenden Theorien verteidigt wird. Energischer vertritt das Reichsgericht den Societätsgedanken, wenn es u. a. sagt: „wird die o. H.G. verklagt, so werden die einzelnen Gesellschafter verklagt, und ist die Klage einem zur Vertretung der Gesellschaft berechtigten Gesellschafter behändigt, so ist die Rechtshängigkeit gegen alle aktuellen Gesellschafter begründet. Das gegen die Gesellschaft ergangene verurteilende Erkenntnis ist mithin gegen alle Gesellschafter und zwar gegen dieselben als Correalschuldner ergangen" [1]); oder an einer anderen Stelle: „eine Verurteilung der o. H.G. ist nichts anderes als eine Verurteilung der die o. H.G. bildenden Gesellschafter; diese haben hienach jenes Urteil soweit gegen sich gelten zu lassen, als ihnen nicht besondere Einwendungen bezüglich ihrer persönlichen Haftung zustehen, welche in dem gegen die Gesellschaft geführten Prozess nicht geltend zu machen waren. . . . Das Urteil gegen die Gesellschaft bedeutet hienach eine

[1]) Vgl. R.G. III S. 57.

Feststellung, dass die die Gesellschaft bildenden Gesellschafter für ihre Person schuldig seien; es kann also die Klage gegen die Gesellschafter mit der Behauptung substantiiert werden, dass die o. H.G. verurteilt sei, und dem Gesellschafter stehen gegen die so substantiierte Klage nur Einwendungen zu, welche seine persönliche Befreiung begründen“ [1]). Noch in zahlreichen anderen Entscheidungen des Reichsgerichts kehrt derselbe Gedanke wieder [2]), ohne dass derselbe jedoch folgerichtig durchgeführt wäre. Denn so bestimmt sich auch hier das Reichsgericht auf den Boden des Societätsprinzips gestellt hat, hat es doch andererseits in vielen Punkten den Theorien unserer zweiten Gruppe Konzessionen gemacht [3]).

Fassen wir das Ergebnis vorstehender Ausführungen zusammen, so gelangen wir zu folgendem Resultat: Die o. H.G ist eine, allerdings nach mehreren Richtungen modifizierte Societät: Eigentümer des Societätsvermögens, Träger der Rechte und Pflichten der Gesellschaft sind die Gesellschafter. Dieselben werden unter einer zusammenfassenden Bezeichnung — der Firma — von den firmierenden Gesellschaftern vertreten. Im Firmenprozess sind die als Streitgenossen verbundenen Gesellschafter Prozesspartei; das Urteil ergeht für und gegen sie, für und gegen ihr Privatvermögen.

III.

Wir haben im vorigen Abschnitt den Nachweis zu liefern versucht, dass das im Gesellschaftsprozess ergangene verurteilende Erkenntnis auch Rechtskraft gegenüber den einzelnen socii bezüglich ihrer persönlichen Haftung habe.

---

[1]) R.G. in Seufferts Archiv (cit. S.A.) Bd. XI n. 35 (N.F.). — [2]) Vgl. u. a. R.G. V S. 69; XIII S. 96; XVII S. 365. — [3]) Nicht mit Unrecht wurde gegen diese „haltlose Praxis“ von verschie-

Im folgenden sollen nunmehr noch einige weitere streitigen Sätze auf dem Gebiet des Firmenprozesses kurz erörtert werden.

1. Wird der Gesellschaftsprozess auf Seiten der Gesellschaft durch einen zur Vertretung der Gesellschaft nicht befugten Gesellschafter geführt, so ist an sich die Prozessführung des letzteren zwischen den Parteien nicht ungültig und eine Nichtigkeitsklage im Sinne des § 542 Abs. 4 der C.P.O. nicht gerechtfertigt; nur präjudiziert natürlich seine Prozessführung bezw. das in jenem Prozess ergangene Urteil nicht den Rechten derjenigen Personen, zu deren Gunsten ihm die Befugnis zur Vertretung entzogen war[1]).

2. Eine Legitimationsprüfung ex officio gemäss § 54 Abs. 1 der C.P.O. findet nicht statt, da es sich nicht um eine gesetzliche Vertretung einer prozessunfähigen Partei handelt[2]); dessgleichen keine Nachforschung darüber, wer die einzelnen Mitglieder der Gesellschaft sind[3]).

3. Durch die gegen die Gesellschaft als solche angestrengte Klage wird Rechtshängigkeit der Sache auch den einzelnen Gesellschaftern gegenüber bewirkt. Hiemit steht im Zusammenhang, dass eine Kumulation von Klagen gegen die Gesellschaft und die Gesellschafter undenkbar ist. Diese beiden Fragen

---

denen Seiten Widerspruch erhoben; vgl. Thiele im Archiv für civilistische Praxis Bd. 82 S. 57, und Wach, Handbuch des Civilprozesses § 46 n. 28. — [1]) Vgl. Fuchs in Gr. Beitr. Bd. XXXVII S. 570/71. — [2]) So auch Wach, Handbuch a. a. O. S. 525; S.A. XLVII n. 59; Entsch. des Kammergerichts Berlin in der Z. f. d. d. C. Bd. XVII S. 129; a. M. Staub, a. a. O. § 5 zu Art. 111; Puchelt, a. a. O. n. 4 zu Art. 111; Behrend, a. a. O. S. 525 n. 5; S.A. XLIII n. 43; B.A. V S. 313; G.Z. XI S. 555; XV S. 250. — [3]) Vgl. Thöl, Handelsrecht 5 A. § 96 S. 320; S.A. XL n. 130; B.A. XLVII S. 65.

müssen vom Standpunkt der Personifikationstheorien aus in entgegengesetztem Sinn beantwortet werden; denn nach dieser Auffassung erscheint der Gesellschafts- und der Gesellschafterprozess als res inter alios acta und muss daher der Gesellschaftsgläubiger, der gleichzeitig eine Verurteilung der Gesellschaft und der einzelnen Gesellschafter herbeiführen will, letztere neben der Gesellschaft belangen; dass er dieselben auch selbständig [1]), sei es vor [2]) oder nach der gegen die Gesellschaft gerichteten Klage, verklagen kann, bedarf keiner weiteren Ausführung. Die Vertreter der unter die zweite Gruppe fallenden Theorien gehen bezüglich der Frage der Zulässigkeit jener Klagenkumulation mit den Anhängern der Personifikationstheorien einig [3]). Das Ergebnis, zu dem die Gegner

---

[1]) Das Prinzip der Samthaftung im Sinne der joint liability des englischen Rechts (im Gegensatz zu dem in Schottland geltenden Prinzip der joint and several liability) ist dem D. H.G.B. unbekannt. — [2]) Die von Dahn (Handelsrechtliche Vorträge S. 80) im Anschluss an die französische Doctrin aufgestellte Behauptung, es müsse dieser Klage eine Zahlungsaufforderung an die Gesellschaft vorangegangen sein, findet im Gesetz keine Stütze. Dagegen steht diese Anschauung im Einklang mit dem französischen und italienischen Recht; vgl. Dalloz, a. a. O. Art. 22 n. 135, 136 ff.: „La société est la principale obligée, les associés ne sont tenus qu'à son defaut. Ainsi les thiers . . . doivent d'abord s'adresser à elle.“ Nur ganz vereinzelt ist auch in der französischen Doctrin die Meinung vertreten, dass sich der Gesellschaftsgläubiger sofort an die einzelnen Gesellschafter halten könne; bezüglich des italienischen Rechts ist Art. 106 des italienischen H.G.B. zu vergleichen, der lautet: i creditori della società non possono pretendere il pagamento dei singoli soci prima di aver esercitata l'azione contro la società. Auch der preussische Entwurf Art. 117 stand, wie auch viele vor Einführung des H.G.B. in Deutschland herrschenden Usancen, auf diesem Standpunkt. — [3]) Vgl. Nürnberger Protokolle S. 277; R.O.H. XX S. 180; R.G. V S. 69 und in der Jurist. Wochenschr. Jahrg. 1893 S. 385/86; Behrend, a. a. O. S. 527; Habicht in B.A. XLVI S. 348.

mit der Zulassung der Klagenkumulation gelangen, erscheint bedenklich. Verhältnismässig die wenigsten Schwierigkeiten dürfte die Frage bereiten, ob für die einzelnen Gesellschafter am Sitz der Gesellschaft ein Gerichtsstand gemäss § 22 oder 29 der C.P.O. begründet ist. Dagegen giebt zu ernsthaften Bedenken die problematische Streitgenossenschaft zwischen der beklagten Gesellschaft einerseits und den beklagten Gesellschaftern andererseits Anlass. Nimmt man eine Streitgenossenschaft im Sinne des § 58 der C.P.O. an[1]), so gelangt man zu dem unbefriedigenden Ergebnis, mit der Möglichkeit ungleicher Entscheidungen des Rechtsverhältnisses rechnen zu müssen. Legt man dagegen, um diesen Missstand zu vermeiden, eine Streitgenossenschaft im Sinne des § 59 der C.P.O. zu Grunde, so gestattet man unter Umständen hiedurch dem nicht firmierenden Gesellschafter die Vertretung der Gesellschaft im Prozess. Beschränkt man endlich den einzelnen Gesellschafter auf die Geltendmachung seiner sog. Individualeinreden und überlässt die Vertretung der Rechte der Gesellschaft den firmierenden Gesellschaftern, so giebt man damit den Begriff der Streitgenossenschaft auf[2]). Hiezu kommt, dass vom gegnerischen Standpunkt aus beim Eintritt eines neuen socius durante processu ein Sonderprozess gegen diesen erforderlich wird.

Jene Klagenkumulation ist nun freilich nur dann zu entbehren, wenn man entweder direkte Vollstreckbarkeit des im Gesellschaftsprozess ergangenen Urteils in das Privatvermögen der Gesellschafter annimmt, oder wenn dem Gesellschaftsgläubiger, der sowohl ein gegen den Handlungsfonds als in das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter vollstreckbares Urteil wünscht, die Mög-

---

[1]) Wie dies eine Entscheidung des O.L.G. Colmar in G.Z. XLII S. 519 thut. — [2]) A. M. Eccius in G.Z. XXXII S. 16/17.

lichkeit gegeben ist, diesen Zweck durch entsprechende Erweiterung seiner Klage zu erreichen. Da wir, wie im folgenden Abschnitt auszuführen sein wird, direkte Vollstreckbarkeit jenes Urteils ablehnen, kommt für uns lediglich die zweite Alternative in Betracht. In dieser Richtung dürfte nun die Zulässigkeit einer Klagerweiterung vom Standpunkt der Societätstheorie aus um so weniger einem Anstand unterliegen, als selbst Vertreter der von uns bekämpften Theorien in der Ausdehnung der gegen die Gesellschaft gerichteten Klage auf die einzelnen Gesellschafter keine Klagänderung erblickt haben [1]). Die Klagerweiterung erfolgt in der Weise, dass der Gesellschaftsgläubiger, sei es schon zu Beginn des Gesellschaftsprozesses oder erst im Laufe desselben, seinen Klagantrag ausdrücklich auch gegen die einzelnen Gesellschafter richtet; blosse Nennung ihrer Namen etwa in der Firma genügt ebensowenig, als der Antrag auf Verurteilung der Gesellschaft zur Zahlung aus dem Handlungsfonds und dem Privatvermögen der socii. Der in dieser Weise belangte Gesellschafter ist zur Verhandlung zu laden, da sich die Vertretungsbefugnis der firmierenden Gesellschafter nicht, wie Kräwel [2]) will, auch auf das Gebiet der persönlichen Verteidigungsgründe der einzelnen socii erstreckt, diese hiezu vielmehr einer Spezialegitimation bedürfen [3]). Die prozessualen Befugnisse des in dieser Weise belangten Gesellschafters beschränken sich auf Geltendmachung seiner Individualeinreden und -widerklagen, während er bezüglich des Bestehens der Gesell-

---

[1]) So namentlich eine Entscheidung des Reichsgerichts in S.A. XI n. 34 (N.F.); abw. R.O.H. VI S. 419, u. S.A. XIV n. 56 (N.F.). — [2]) Kräwel in B.A. IV S. 26/27. — [3]) Vgl. Wächter, Handelsrecht II. Teil S. 31 u. 37; Makower, Comm. z. H.G.B. 1 A. n. 49 zu Art. 117; Hergenhahn und Tuchatsch, a. a. O. S. 213; B.A. IV S. 393 u. XLVI S. 380; G.Z. VIII S. 579.

schaftsschuld nicht zu hören ist, wenn er nicht zugleich firmierender Gesellschafter ist. Die Ansicht Wachs [1]), dass ein im Laufe des Prozesses neu eintretender Gesellschafter in diesem Fall mit einem Sonderprozess zu belangen wäre, dürfte nicht haltbar sein. Denn durch den im Laufe des Prozesses erfolgten Eintritt eines neuen socius tritt dieser, wie weiter unten auszuführen sein wird, ohne weiteres als Streitgenosse seinen im Firmenprozess beklagten Mitgesellschaftern bei. Giebt man dies zu, so ist nicht abzusehen, warum nicht von dem Augenblick an, wo er durch seinen Eintritt in die Gesellschaft Prozesspartei geworden ist, die Klage in der eben geschilderten Weise bezüglich seiner Person sollte erweitert werden können. Wenn Wach gegen diese ganze Konstruktion den Vorwurf erhebt, dass sie Verwirrung erzeuge und verkünstelt sei, so könnte dieser Vorwurf mit demselben Recht gegen sämtliche Theorien erhoben werden, die sich mit dem Problem, gleichzeitig ein in den Gesellschaftsfonds und das Privatvermögen der Gesellschafter vollstreckbares Urteil zu erlangen, beschäftigt haben; denn ohne gewisse Komplikationen ist diese Frage eben nicht zu lösen, eine Erfahrung, die auch Wach nicht erspart blieb, wenngleich bei seiner Lösung des Problems die Schwierigkeiten grösstenteils erst in der Exekutionsinstanz sich einstellen.

Aus unseren bisherigen Ausführungen zu diesem Punkt war zu entnehmen, dass die Behauptung, im Gesellschaftsprozess seien die unter dem Kollektivnamen der Firma zusammengefassten Gesellschafter die Prozesspartei, in einer gewissen Richtung der Richtigstellung bedarf. Es ist nämlich nicht ausser acht zu lassen, dass die

[1]) vgl. Wach, Gutachten zu den Verhandlungen des 19. Juristentags, Heft 2 S. 79.

offenen Handelsgesellschafter dem Gesellschaftsgläubiger in einer doppelten Position gegenüberstehen: einmal als Mitglieder der Gesellschaft, als welche sie an dem allen in der Gemeinschaft stehenden Genossen gemeinsamen Kreis von Rechten und Pflichten Anteil haben, sodann als Einzelne, losgelöst von den gesellschaftlichen Beziehungen. In ersterer Richtung können wir von ihrer Gesamthaftung, in letzterer von ihrer Sonderhaftung sprechen. Im Gesellschaftsprozess sind sie nur bezüglich ihrer Gesamthaftung belangt. Ihr rechtliches Verhältnis zum Gesellschaftsgläubiger wird demgemäss im Gesellschaftsprozess nicht vollständig erschöpft. Das ist der Grund, warum von einer direkten Vollstreckbarkeit des ergangenen Erkenntnisses in das Privatvermögen der socii keine Rede sein kann.

Hienach bleibt, da wir gegen die Zulassung einer Kumulation der Klagen gegen die Gesellschaft und gegen die einzelnen Gesellschafter prinzipielle Bedenken geltend zu machen hatten, nur der Weg der Klagerweiterung im besprochenen Sinn, um dem Gesellschaftsgläubiger die Möglichkeit eines gleichzeitigen Angriffs des Handlungsfonds und des Privatvermögens der socii zu eröffnen.

4. Grössere Einigkeit als bezüglich der bisher besprochenen Fragen herrscht unter den einzelnen Theorien darüber, dass durch die Gesellschaftsklage die Verjährung gegenüber den einzelnen Gesellschaftern unterbrochen wird, von den in Art. 148 des H.G.B. bezüglich des ausgeschiedenen Gesellschafters normierten Ausnahmen abgesehen. Freilich gehen die Ansichten in der Begründung des Satzes auseinander: während die einen die Unterbrechung der Verjährung wegen des obwaltenden Correalverhältnisses zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern bejahen — die herrschende Meinung nimmt nicht bloss einfache Solidarobligation,

sondern eine eigentliche Correalobligation an[1]) — geschieht dies von den andern (namentlich von den Anhängern der Societätstheorie) wegen der subjektiven Identität des Gesellschafts- und Gesellschafterprozesses[2]).

5. Der prozessunbefugte Gesellschafter kann sich nicht als Nebenintervenient am Gesellschaftsprozess beteiligen[3]).

6. Was die Frage der Kompensation zwischen Forderungen der Gesellschaft und Privatschulden eines Gesellschafters, bezw. zwischen Privatforderungen eines Gesellschafters und Gesellschaftsschulden anbelangt, so kommen für den Gesellschaftsprozess zwei Fälle in Betracht, je nachdem die Gesellschaft klagt oder verklagt wird. In ersterer Richtung fragt sich, ob gegen die Forderungen, die im Gesellschaftsprozess eingeklagt werden, der Gesellschaftsschuldner mit Privatforderungen an einzelne Gesellschafter kompensieren könne, während in letzterer Richtung die Frage dahin geht, ob die wegen einer Gesellschaftsschuld belangte Gesellschaft Privatforderungen einzelner Gesellschafter an den Gesellschaftsgläubiger zur Aufrechnung

[1]) Vgl. Windscheid, Pandecten II § 297 n. 8; Staub, a. a. O. § 1 zu Art. 112; Behrend, a. a. O. S. 521 n. 23; Römer, „Abhandlungen aus dem römischen Recht", 1. Heft S. 158 ff.; Samhaber, „Die Lehre von der Correalobligation" S. 183; R.G. III S. 58. — [2]) Nicht anerkannt wird die Unterbrechung der Verjährung gegenüber den einzelnen Gesellschaftern in der Entscheidung des R.O.G. XX S. 183; siehe dagegen Behrend, a. a. O. S. 527 n. 8; Römer, a. a. O. S. 176; B.A. XLVI S. 348; über den Entwurf eines H.G.B. s. u. Abschn. VI. — [3]) A. M.: R.G. V S. 69 (eine Entscheidung, die sich schwer mit den sonst vom R.G. verteidigten Grundsätzen über die o. H.G. vereinigen lässt); Staub, a. a. O. § 5 zu Art. 111; Behrend, a. a. O. S. 527 n. 14; Hergenhahn und Tuchatsch, a. a. O. S. 214; Willenbücher, Das allgem. deutsche H.G.B. n. 3 zu Art. 111; B.A. XLVI S. 352; Richtig: Wach, Handbuch I S. 530; Cosack, a. a. O. S. 564; G.Z. XLII S. 527.

bringen könne. Die Entscheidung der beiden Fragen hängt von folgenden Erwägungen ab: auf der einen Seite ist dem zur Vertretung der Gesellschaft nicht berechtigten Gesellschafter die Dispositionsbefugnis über das Gesellschaftsvermögen entzogen; desgleichen ist dem Privatgläubiger eines socius der Angriff dieses Vermögenskomplexes nur in den durch Art. 119 des H.G.B. gezogenen Grenzen gestattet; andererseits kommt aber auch der Gesellschaft als solcher nicht das Recht zu, über Privatforderungen ihrer Mitglieder zu verfügen. In Anwendung dieser Grundsätze ist sowohl die erste Frage, wie dies denn auch in Art. 121 des H.G.B. geschehen ist, als auch die zweite Frage zu verneinen[1]), beide jedoch unter gewissen Vorbehalten. Sollte nämlich im ersteren Fall der vertretungsberechtigte Gesellschafter die Kompensation zulassen, so dürfte hiegegen, von Kollusionsfällen abgesehen, nichts einzuwenden sein[2]). Dass im zweiten Fall einer Kompensation dann nichts im Wege steht, wenn der Gesellschafter seine Privatforderung der Gesellschaft überweist, was namentlich dann anzunehmen sein dürfte, wenn ein firmierender Gesellschafter seine Privatforderung im Gesellschaftsprozess zur Aufrechnung bringt, ist selbstverständlich; übrigens dürfte derselbe Zweck durch sog. initiative Kompensationserklärung seitens des forderungsberechtigten Gesellschafters erreicht werden[3]).

7. Parteieneide sind von sämtlichen zu dem Zeitpunkt, wo der Eid zu leisten ist, als Streitgenossen

---

[1]) Vgl. speziell bezüglich der Frage der Kompensation aus Privatforderungen eines Gesellschafters: Dernburg, Kompensation 2 A. S. 447; Hahn, Comm. z. H.G.B. § 7 zu Art. 121; Behrend, a. a. O. S. 534 n. 10; a. M. Römer, a. a. O. S. 165. — [2]) Die Frage ist sehr bestritten. Übereinstimmend mit dem Text: Behrend, a. a. O. S. 533/34 n. 7 u. 8. — [3]) Vgl. R.G. XI S. 119 ff.; — über den Entwurf s. u.

beteiligten Gesellschaftern zu schwören, soweit solche nach den Vorschriften der C.P.O. § 410 ff., sei es in der Form des Wahrheits- oder Überzeugungseids dem Gegner zugeschoben werden können; bezüglich des richterlichen Eides ist die Bestimmung des § 438 der C.P.O. zu beachten. Die Entscheidung dieser äusserst bestrittenen Frage[1]) hängt ab von der Stellungnahme zur Partei- und Prozessfähigkeit der o. H.G. und dem Wesen der Eidesleistung der Parteien im Civilprozess. Sieht man in der o. H.G. ein selbständiges Prozesssubjekt (sog. prozessuale Personifikation im Gegensatz zur materiellrechtlichen), so erscheinen allerdings die firmierenden Gesellschafter (bezw. die Liquidatoren) als „gesetzliche Vertreter" derselben, denen gemäss § 435 der C.P.O. Leistung bezw. Verweigerung der Parteieneide obliegt. Auf dieser Auffassung basiert u. a. die Rechtssprechung des Reichsgerichts, wiewohl dieses Gericht vereinzelt auch die Meinung vertrat, die firmierenden Gesellschafter seien als „gesetzliche Vertreter" der einzelnen Gesellschafter anzusehen. Allein

---

[1]) Übereinstimmend mit dem Text: R.O.H. VI S. 111; IX S. 17; X S. 335; R.G. XII S. 14; Wach, Handb. I S. 531, 4 d; Thöl, a. a. O. I S. 320/21; Fuchs in Gr. Beitr. XXXVII S. 579; B.A. XVI S. 85; XVIII S. 400; XXVII S. 112; XXXV S. 317; XLII S. 162; Löhrs Zentralorgan für Handels- und Wechselrecht Bd. V S. 354; S.A. XI n. 196; XVIII n. 99; XXVI n. 291; XXVIII n. 168 (A.F.); V n. 230; IX n. 122 (N.F.); G.Z. X S. 374; XI S. 351; Z. f. d. d. C. XVII S. 129. A. M.: R.O.H. XXI S. 344 und 389; R.G. XIV S. 20; und in der Jurist. Wochenschr. Jahrg. 1884 S. 171 n. 14; Staub, a. a. O. § 5 zu Art. 111; Cosack, a. a. O. S. 564; Behrend, a. a. O. S. 526 n. 8 und S. 572 n. 7; Willenbücher, a. a. O. n. 3 zu Art. 111; Hergenhahn u. Tuchatsch, a. a. O. S. 216; Dernburg, Preuss. Privatr. II § 221 Anm. 14; B.A. XII S. 167; XIV S. 333; XLI S. 126 u. 133; XLVI S. 299; sowie die meisten Commentare der C.P.O., vgl. Gaupp, Comm. z. C.P.O. 2 A. n. 7 zu § 435 der C.P.O. und die dort citierten Schriftsteller; vgl. auch Denkschrift zum Entwurf S. 93.

auch diese letztere Konstruktion ist unhaltbar[1]). Denn die Voraussetzung der Eideszuschiebung an die gesetzlichen Vertreter im Sinne des § 435 der C.P.O. ist, dass die Partei selbst nicht prozessfähig ist. Aus der Beschränkung der Verfügungsfähigkeit der nicht zur Geschäftsführung bezw. Vertretung berechtigten socii kann nun aber nicht auf ihre Prozessunfähigkeit geschlossen werden; die Befugnisse der firmierenden Gesellschafter erscheinen hienach als Ausfluss einer auf Gesetz beruhenden Vollmacht, welche die Frage der Prozessfähigkeit gar nicht beeinflusst. Was aber die Frage betrifft, ob die Eidesleistung der Parteien im Civilprozess sich als Dispositionsakt charakterisiere, so scheint auch diese verneint werden zu müssen. Denn ganz abgesehen davon, dass die C.P.O. im allgemeinen den Eid nicht als Dispositionsakt, sondern als Beweisgrund kennt[2]) (so schliesst beispielsweise § 434 Abs. 2 der C.P.O. ausdrücklich den Dispositionscharakter aus), ist es mit der Dispositionstheorie völlig unvereinbar, wenn das Gesetz in gewissen Fällen die Eideszuschiebung vom Antrag des Gegners und dem richterlichen Ermessen abhängig macht und Ableistung des Eides durch Personen gestattet, die gar nicht handlungsfähig sind (vgl. § 435 Abs. 2 d. C.P.O.), ja sogar Fälle kennt, wo die Eideszuschiebung an dritte Personen, die doch gewiss nicht dispositionsfähig bezüglich des im Prozess befangenen Rechtsverhältnisses sind, zulässig sein soll (vgl. § 415, 414 der C.P.O.). Hiezu kommt, dass die Verteidiger der Dispositionsnatur des Parteieneids zu äusserst bedenklichen Konsequenzen ge-

[1]) Gegen dieselbe u. a. Fuchs in Gr. Beitr. a. a. O. S. 568. — [2]) vgl. Heusler, im Archiv für civilistische Praxis XLII S. 257 und Gaupp, a. a. O. S. 761 III; einen vermittelnden Standpunkt zwischen Dispositions- und Beweistheorie vertritt Wendt, im Archiv für civilistische Praxis XLIII S. 276 ff.

langen, wie namentlich Wach[1]) des näheren ausgeführt hat, u. a. könnten die nicht firmierenden Gesellschafter als Zeugen im Gesellschaftsprozess vernommen werden[2]), ein Resultat, das gewiss ebensowenig empfehlenswert erscheint, wie die vom Reichsgericht vertretene Ansicht, dass die nicht prozessbefugten Gesellschafter weder als Zeugen noch als Parteien zum Eid zuzulassen seien.

8. Was die Geltendmachung sog. Individualeinreden, d. i. solcher Einreden, welche nicht der Gesamtheit der Gesellschafter, sondern nur den einzelnen Mitgliedern von ihrer individuellen Position aus zustehen, betrifft, so scheint vom Standpunkt der Societätstheorie aus, wonach die Klage gegen die Gesellschaft nichts anderes als eine Häufung von Klagen gegen die einzelnen Gesellschafter als Streitgenossen ist, auf den ersten Blick gefolgert werden zu müssen, dass im Gesellschaftsprozess von jedem Gesellschafter auch die ihm nur persönlich zustehenden Einreden, als welche u. a. exceptio pacti de non petendo in personam, pacti remissorii, Kompensations- und Verjährungseinreden in Betracht kommen, geltend gemacht werden können, was natürlich die Möglichkeit einer verschiedenen Entscheidung des Rechtsstreits gegenüber den einzelnen Gesellschaftern zur Folge hätte. In der That hat diese Auffassung in Römer[3]) einen Verteidiger gefunden. Das Resultat, zu dem Römer auf diese Weise gelangt, entspricht, von prinzipiellen Bedenken zunächst ganz abgesehen, dem praktischen Bedürfnis in keiner Weise. Denn wenn dem beklagten Gesellschafter auch die rechtliche Möglichkeit, im Gesellschaftsprozess seine individuellen Verteidigungsgründe zur Geltung zu

[1]) In der Z. f. d. d. C. Bd. IX S. 450, 451. — [2]) So in der That Thiele im Archiv für civilistische Praxis LXIII S. 276 und Eccius in G.Z. XXXII S. 17. — [3]) Römer, Abhandlungen a. a. O. S. 149 ff.

bringen, offen stände, so würde dieselbe doch aus leicht ersichtlichen Gründen in zahlreichen Fällen insofern illusorisch werden, als die Geltendmachung derselben leicht versäumt werden würde, zumal dann, wenn man keine Speziallegitimation der prozessbefugten Gesellschafter behufs Geltendmachung der Individualeinreden der nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter verlangen sollte. In der Exekutionsinstanz könnten aber wegen § 686 der C.P.O. solche Einreden nur noch in sehr beschränktem Umfang geltend gemacht werden. Mit noch grösserem Recht als die im folgenden Abschnitt zu besprechende Wachsche Lehre würde hienach die Römersche Ansicht der Vorwurf treffen, dass die nicht firmierenden Gesellschafter bezüglich ihrer persönlichen Einwendungen gegen die Klage thatsächlich mundtot gemacht würden.

Allein diese, die praktische Brauchbarkeit der Römerschen Theorie ins Auge fassenden Erwägungen werden überdies durch rechtliche Bedenken unterstützt. Römer zieht seine Schlussfolgerungen aus der Societätstheorie, ohne die Eigenartigkeit des gesellschaftlichen Verhältnisses genügend zu würdigen, ohne, wie Dernburg[1]) gegen ihn bemerkt, zu bedenken, dass die Handelsgesellschaften eben „keine einfachen und konsequenten Gebilde, sondern aus Utilitätsgründen geschaffene Zwischenfiguren“ darstellen. Denn wenn auch, wie bereits ausgeführt worden ist, die Grundsätze der Societät unbedenklich insoweit zur Anwendung gebracht werden dürfen, als das Gesetz nicht positiv abweichende Normen aufstellt, so ist doch ausser Zweifel, dass letzteres bezüglich der o. H.G. im H.G.B. nach verschiedenen, wenn auch für den Societätsbegriff als solchen unwesentlichen Richtungen geschehen ist. Wenn letzteres von Forderungen

[1]) Dernburg, Preuss. Privatr. II § 221 Anm. 2.

und Verpflichtungen der Gesellschaft, vom Recht der Gesellschaft zu klagen u. dergl. spricht, so kann, wenn auch aus den fraglichen Stellen nicht der Schluss auf eine juristische Persönlichkeit der o. H.G. oder ein Mittelding zwischen juristischer Person und Societät gezogen werden kann, doch nicht verkannt werden, dass das H.G.B. bezüglich solcher Rechtsgeschäfte, welche im Namen der Gesellschaft durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter mit Dritten abgeschlossen wurden, zwischen den Beziehungen sämtlicher Mitglieder der Gesellschaft in ihrer gesellschaftlichen Vereinigung und den Beziehungen der einzelnen Gesellschafter in ihrer Isolierung unterschieden haben will. Forderung und Schuld der zur Gesellschaft verbundenen, eine einheitliche Erscheinung repräsentierenden socii deckt sich nicht mit der Forderung und Schuld des einzelnen socius; die Gesamtberechtigung und Gesamthaftung jener hebt sich ab von der Sonderberechtigung und Sonderhaftung des Gesellschafters als Einzelner. Das Rechtsverhältnis der verbundenen socii bietet ein einheitliches Bild, es ist einer einheitlichen Feststellung unterworfen. Die Organe, welche die den socii in ihrer Gesamtheit zustehenden Rechte in und ausserhalb des Prozesses zu vertreten haben, sind die firmierenden Gesellschafter. Das im Gesellschaftsprozess ergehende Urteil muss demnach einheitlich für und gegen die Gesellschaft lauten[1]); in dieser einheitlichen Feststellung äussert sich hienach eine materiellrechtliche Wirkung des nominellen Parteibegriffs der o. H.G. Aus der Notwendigkeit des einheitlichen Rechtsschutzes im Gesellschaftsprozess folgt, dass die einzelnen socii insoweit mit ihren Einreden und Widerklagen auszuschliessen sind, als die einheitliche

[1]) Vgl. R.G. in der Jurist. Wochenschr. Jahrg. 1894 S. 542 n. 3 und Wach, Verhandlungen a. a. O. S. 71/72.

Entscheidung gefährdet werden kann. Es liegt demgemäss im Gesellschaftsprozess eine sog. notwendige Streitgenossenschaft im Sinne des § 59 der C.P.O. vor. Insofern ist der Ausdruck Cosacks [1]) gerechtfertigt, dass die o. H.G. „in ihrer Vielheit doch eine Einheit" bilde.

Inwieweit durch Klagerweiterung eine Änderung der im vorstehenden besprochenen Grundsätze einzutreten hat, ist bereits erörtert worden.

9. Ein Personenwechsel im Laufe des Gesellschaftsprozesses ist für diesen Prozess irrelevant. Fassen wir zunächst den Fall des Eintritts eines neuen socius durante lite ins Auge. Gesetzlicher Bestimmung gemäss (vgl. Art. 113 des H.G.B. und § 118 des Entwurfs) haftet dieser in gleicher Weise wie die übrigen Gesellschafter für die vor seinem Eintritt entstehenden Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Hieraus scheint nun allerdings noch nicht ohne weiteres gefolgert werden zu dürfen, dass der neue socius durch seinen Eintritt auch ipso jure Prozesspartei geworden ist; dieser Annahme scheint durch § 230 der C.P.O. eine unüberwindliche Schranke gesetzt zu sein. Das praktische Resultat, das man auf diese Weise gewinnen würde, erweist sich als völlig ungenügend — man denke an Fälle, wo sämtliche bisherigen Gesellschafter im Laufe des Gesellschaftsprozesses austreten und an ihre Stelle neue Gesellschafter eintreten. Die Bedenken, die man gegen die Annahme, dass der neu eintretende Gesellschafter durch seinen Eintritt ipso jure Prozesspartei wird, vorgebracht hat, erscheinen nun aber nicht stichhaltig, wenngleich nicht zu leugnen ist, dass die Frage vom Standpunkt der Societätstheorie aus auf ungleich grössere Schwierigkeiten stösst, als bei den anderen Theorien. Die Entwicklung

[1]) Cosack, a. a. O. 2 A. S. 482.

des Societätsrechts im modernen Recht drängte dazu, die nachteiligen Folgen eines Mitgliederwechsels sowohl in materiellrechtlicher als prozessualer Beziehung zu eliminieren. Diesem Bedürfnis kam man auf dem Gebiet des materiellen Rechts durch den schon vor Einführung des D. H.G.B. geltenden Rechtssatz entgegen, dass der neu eintretende socius für alle vor seinem Eintritt entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften solle. In analoger Weise musste auf dem Gebiet des Gesellschaftsprozesses gefordert werden, dass letzterer sich auch auf die Person des neu eintretenden socius erstrecke, falls nicht bedenkliche Lücken des Gesellschaftsrechts entstehen sollten. Im Gesellschaftsprozess sollten Rechte und Pflichten der Gesellschaft, d. i. aller derjenigen Gesellschafter, welche materiell berechtigt und verpflichtet sind, durch die prozessbefugten Gesellschafter zum gerichtlichen Austrag gebracht werden. Dieser Zweck lässt sich auf eine zweifache Weise erreichen: entweder legt man dem im Firmenprozess ergangenen verurteilenden Erkenntnis Rechtskraft gegenüber allen Gesellschaftern bei, welche civilrechtlich für die Gesellschaftsverbindlichkeit haften[1]); allein hiemit setzt man sich in Widerspruch zu den Grundsätzen von der Correalobligation, wonach ein gegen einen correus ergangenes verurteilendes Erkenntnis den übrigen correi nicht präjudiziert; oder aber man lässt wenigstens einen Wechsel der Streitgenossen im Gesellschaftsprozess zu. Diesen Schritt prozessualisch zu ermöglichen, diente die Ausbildung des gesellschaftlichen Firmenrechts. Durch die gemeinschaftliche Firma sind nicht nur die zu Beginn des Prozesses vorhandenen Gesellschafter, sondern auch die erst durante processu neu

[1]) So Behrend, a. a. O. S. 526 n. 10 und der Entwurf § 127 Z. 1; ähnlich Eccius in G.Z. XXXII S. 15.

eintretenden mitumfasst. Hienach steht weder die rechtliche Natur der Societät, noch die Bestimmung in § 230 Abs. 2 der C.P.O. der Annahme im Weg, dass die im Laufe des Gesellschaftsprozesses neu eintretenden Gesellschafter, sollten sie auch vor ihrem Eintritt bereits als Zeugen vernommen worden sein, als Streitgenossen ihren Mitgesellschaftern anwachsen. Es wäre bedauerlich, diese Annahme um doctrinärer Bedenken willen ablehnen und zu der zweifelhafteren Konstruktion eines zwar nicht rechtsfähigen, trotzdem aber prozessfähigen Vereins greifen zu wollen.

Wenden wir uns nun zu der Frage des Austritts eines Gesellschafters aus der Gesellschaft durante lite. In dieser Richtung steht in Frage, ob der als Streitgenosse am Gesellschaftsprozess beteiligte Gesellschafter durch seinen Austritt aus der Gesellschaft zugleich aus dem Prozess ausscheidet, eine Frage, die man vielleicht in analoger Anwendung der soeben für den Fall des Eintritts eines neuen socius besprochenen Grundsätze zunächst zu bejahen geneigt sein möchte. Die weitere Frage, ob nicht trotz seines Ausscheidens als Partei das im Gesellschaftsprozess ergangene Urteil auch ihm gegenüber Rechtskraft habe, ist damit freilich nicht ohne weiteres entschieden[1]). Richtiger Ansicht nach ist jedoch die gestellte Frage zu verneinen, denn es liegt auf der Hand, dass der im Gesellschaftsprozess mitbeklagte socius sich nicht wider den Willen des Prozessgegners dadurch dem Prozess entziehen kann, dass er seinen Austritt aus der

[1]) Vgl. einerseits die in der vorigen Anmerkung angeführten Schriftsteller; andererseits Habicht in B.A. XLVI S. 384; dieser letztere Schriftsteller lässt den austretenden Gesellschafter aus dem Prozess ausscheiden und leugnet die Rechtskraft des ergangenen Urteils dem ausgeschiedenen Gesellschafter gegenüber wegen des obwaltenden passiven Correalitätsverhältnisses.

Gesellschaft erklärt. Fraglich kann nur sein, ob er auch noch nach seinem Austritt aus der Gesellschaft durch die verbleibenden Gesellschafter vertreten wird. Hiefür spricht Art. 130 Abs. 3 des H.G.B., der dem ausgeschiedenen und ausgeschlossenen Gesellschafter die Disposition über die laufenden Geschäfte der Gesellschaft entzieht und diese lediglich den verbleibenden Gesellschaftern einräumt; obwohl nicht mehr socius, wird er hienach doch durch letztere gerade so vertreten, wie wenn er noch der Societät angehörte. Das gesetzgeberische Motiv der Bestimmung ist, dass es sich hier um Gesellschaftsangelegenheiten handelt, die einer einheitlichen Regelung im Namen aller Beteiligten bedürfen. Die Theorie pflegt zur Erklärung dieses Rechtsverhältnisses von einer fortdauernden communio zwischen dem ausgeschiedenen bezw. ausgeschlossenen Gesellschafter und den verbleibenden Gesellschaftern zu sprechen[1]).

Vorstehenden Ausführungen zufolge erstreckt sich die Rechtskraft des im Firmenprozess ergangenen verurteilenden Erkenntnisses auf alle Gesellschafter, welche während der Dauer des Prozesses der Gesellschaft angehörten, also nicht auf die bereits vor Beginn des Prozesses ausgeschiedenen und die erst nach Beendigung des Prozesses eingetretenen Gesellschafter, denn diese sind nie Partei geworden[2]).

---

[1]) Übereinstimmend mit dem Text: Thöl, a. a. O. S. 333/34; Staub, a. a. O. § 7 zu Art. 111; Anschütz-Völderndorf, Comm. z. H.G.B. II zu Art. 130 S. 290; Willenbücher, a. a. O. n. 4 zu Art. 130; Hergenhahn u. Tuchatsch, a. a. O. S. 301 ff.; Cosack, a. a. O. S. 491; Sommer in Gr. Beitr. XXX S. 364; Schäfer, daselbst Bd. XXXVII S. 860 ff.; R.O.H. X S. 62; XV S. 205; XX S. 58 (letztere Entscheidung operiert mit dem Begriff der negotiorum gestio). — [2]) Übereinstimmend mit dem Text: Staub, a. a. O. § 8 zu Art. 111; Hergenhahn u. Tuchatsch, a. a. O. S. 223.

10. Im Falle der Auflösung der Gesellschaft durante processu tritt keine Unterbrechung des Verfahrens gemäss § 219 d. C.P.O. ein; denn, wie schon wiederholt berührt, steht eine gesetzliche Vertretung prozessunfähiger Personen, wie sie § 219 der C.P.O. zur Voraussetzung hat, nicht in Frage. Den Prozess, den bisher die firmierenden Gesellschafter für die Gesamtheit der Gesellschafter als deren Vertreter geführt haben, setzen nunmehr die bisherigen Gesellschafter in eigenem Namen fort[1]); auf ihre Verurteilung ist daher das petitum zu richten; von einer „gesetzlichen Vertretung" durch firmierende Gesellschafter ist keine Rede mehr, nachdem die gesetzliche Grundlage derselben mit dem Wegfall des Gesellschaftsvermögens zu existieren aufgehört hat[2]). Wollen daher die bisher prozessbefugten Gesellschafter den Prozess für die früheren Gesellschafter fortsetzen, so bedürfen sie hiezu einer Speziallegitimation[3]). Wenn behauptet worden ist, dass der gegen die bisherigen Gesellschafter nach Auflösung der Gesellschaft fortgesetzte Prozess gegen diese nur einheitlich entschieden werden könne[3]), so dürfte die Behauptung nur mit der Beschränkung richtig sein, dass allerdings die Gesellschaftsschuld als solche nach wie vor einheitlich festzustellen ist, während andererseits kein Grund mehr vorliegt, den bisherigen Gesellschaftern die Geltendmachung ihrer individuellen Verteidigungsgründe zu versagen. Die Frage der Fortsetzung des Gesellschaftsprozesses nach Auflösung der Gesellschaft ist übrigens eine äusserst bestrittene. Die

---

[1]) Falls nicht die Auseinandersetzung im Wege der (nicht obligatorischen) Liquidation erfolgt. — [2]) Vgl. R.O.H. XIV S. 5; R.G. bei Bolze IX n. 477; Hergenhahn, a. a. O. S. 225; G.Z. XV S. 258/59; fr. Wendt in Endemanns Handbuch des Handelsrechts I S. 447 (und Lastig daselbst S. 408). — [3]) vgl. R.G. in der Jurist. Wochenschrift, Jahrg. 1890 S. 47.

herrschende Meinung scheint sich für Unterbrechung des Verfahrens gemäss § 219 der C.P.O. zu entscheiden[1]; hiebei bleibt zweifelhaft, ob, von der Auseinandersetzung im Liquidationsverfahren abgesehen, eine Wiederaufnahme des Verfahrens durch die letzten Inhaber der Firma zulässig ist oder nicht[2]. Wieder andere gestatten der Auflösung der Gesellschaft keinerlei Einfluss auf den schwebenden Prozess; die o. H.G. wird trotz der erfolgten Auflösung als fortexistierend gedacht, bis die endgültige Auseinandersetzung und Vermögensverteilung erfolgt ist. Nur die produktive Seite der Gesellschaft soll durch die Auflösung ihr Ende finden, während im übrigen die bisherigen Vertreter der Gesellschaft noch als „gesetzliche Vertreter der als fortbestehend gedachten Gesellschaft" zu betrachten seien[3].

IV.

Hat der Gesellschaftsgläubiger gegen die Gesellschaft ein obsiegendes Urteil erstritten, so nimmt sein Anspruch den Charakter einer gegen die einzelnen, während der

---

[1]) So u. a. Behrend, a. a. O. S. 526 n. 9; Staub, a. a. O. § 6 zu Art. 111; Hergenhahn, a. a. O. S. 220; Boyens, Verhandlungen des 19. Juristentags, Bd. III S. 148; Wilmowsky-Levy, Comm. z. C.P.O. 7 A. § 219 Anm. 3 S. 354; B.A. XIII S. 359. — [2]) Vgl. einerseits Boyens, a. a. O.; andererseits Behrend, a. a. O. und Hergenhahn, a. a. O.; eine eigentümliche Mittelmeinung findet sich bei Staub, a. a. O. § 4 zu Art. 111, der unterscheidet, ob die Gesellschaft die Kläger- oder Beklagtenrolle inne hatte und nur im ersteren Fall die Fortsetzung des Prozesses durch die Liquidatoren bezw. die bisherigen Gesellschafter zulassen will, während in letzterem Fall, von einem etwaigen Liquidationsverfahren abgesehen, keine Fortsetzung des Prozesses stattfinden soll. — [3]) Diese Auffassung wird vertreten von: Thiele im Archiv für civilistische Praxis Bd. 82 S. 30 ff.; Schäfer in Gr. Beitr.

Dauer des Gesellschaftsprozesses der Gesellschaft angehörenden Gesellschafter gerichteten Judikatsobligation an, die unanfechtbar und vererblich ist, auch wenn der Anspruch vorher unvererblich gewesen sein sollte, cediert und noviert werden kann und einer selbständigen Verjährung unterworfen ist. Man sollte erwarten, dass demgemäss das Urteil auch direkt in das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter vollstreckt werden könne, wie dies Römer und Wach verteidigt haben[1]); auch die Praxis hat wiederholt Anläufe in diesem Sinne genommen[2]), während die herrschende Meinung in Wissenschaft und Rechtssprechung die unmittelbare Vollstreckung des Gesellschaftsurteils in das Privatvermögen der Gesellschafter ablehnt[3]). Der letztere Standpunkt ist der äusserst be-

---

XXXVII S. 800 ff.; Sommer. daselbst XXX S. 358 ff.; vgl. auch Eccius in G.Z. XXXII S. 14 und Wilmowsky-Levy, a. a. O. und der Entwurf § 144 und Denkschrift S. 109. — [1]) Römer, Abhandlungen, a. a. O.; Wach, Verhandlungen, a. a. O.; Handbuch des Civilprozesses I S. 529; vgl. auch Keyssner, Comm. z. H.G.B. Note zu Art. 112. — [2]) Vgl. die Entscheidung des K. Kammergerichts Berlin vom 12. Oktober 1876 in G.Z. XXIII S. 266.

[3]) So die konstante Rechtssprechung des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts, vgl. R.O.H. VI S. 416; XX S. 180 ff.; R.G. III S. 58; X S. 275; XIII S. 96 und in der Jurist. Wochenschrift, Jahrg. 1890 S. 192 und Jahrg. 1891 S. 199; fr. nahezu sämtliche Commentare des H.G.B. und der C.P.O., soweit sie sich über die Frage ausgesprochen haben, vgl. Staub, a. a. O. § 7 zu Art. 111; Behrend, a. a. O. S. 527; Hahn, a. a. O. § 7 n. 5 zu Art. 112; Endemann, Handbuch des Handelsrechts I S. 394; Cosack, a. a. O. S. 564 (der letztere Schriftsteller hält zwar die Wach-Römersche Auffassung für folgerichtig, allein ihre praktische Anwendung durch ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht ausgeschlossen); Wilmowsky-Levy, a. a. O. S. 960; Struckmann-Koch, Comm. z. C.P.O. 5 A. S. 729; Seuffert, Comm. z. C.P.O. 3 A. S. 748; Reinke, Comm. z. C.P.O. 3 A. S. 684; vgl. fr. S.A. XXVII n. 178 (A.F.); XIII n. 132 n. 200; XVIII n. 275 (N.F.); G.Z. XXIII S. 637; XXX S. 513; XXXII S. 13; Gr. Beitr. XXXV

denklichen Lehre von Römer und Wach vorzuziehen. Zwar dürfte meines Erachtens § 671 der C.P.O. dieser Vollstreckung nicht hinderlich sein, da in sinngemässer Anwendung des § 665 der C.P.O. die Vollstreckungsklausel auf die einzelnen Gesellschafter umgestellt werden könnte. Man hat hiegegen eingewendet, die Voraussetzungen des § 665 der C.P.O. seien im vorliegenden Fall nicht gegeben, auch liege kein ähnliches Rechtsverhältnis vor, das analoge Anwendung jener Bestimmung rechtfertigte [1]). Allein dem ist entgegenzuhalten, dass, wenn § 665 der C.P.O. für Fälle berechnet ist, wo die betreffende Person, gegen welche die vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden soll, gar nicht Partei im Prozess war, vielmehr aus anderen Gründen die Rechtskraft des Urteils gegen sich gelten lassen muss, eine entsprechende Anwendung jenes Paragraphen um so weniger in solchen Fällen zu beanstanden sein dürfte, wo die Personen, deren Namen in die Voll-

---

S. 491. Eine eigentümliche, zweifellos nicht haltbare Mittelmeinung vertritt Gareis, Lehrb. des Handelsrechts 5 A. S. 164; nach seiner Ansicht kann das Urteil gegen diejenigen Gesellschafter, deren Namen in der Firma bezw. im Urteil genannt sind, unmittelbar vollstreckt werden; gegen Gareis: Eccius in Gr. Beitr. XXXVI S. 900/901. Bezüglich ausländischer Rechte ist folgendes zu bemerken: Das engl. Gesetz vom 14. Aug. 1890 („Partnership Act 1890") Art. 4 gestattet unmittelbare Vollstreckung in das Privatvermögen der Gesellschafter; auch die französische Doctrin lässt unmittelbare Vollstreckung des vom Gesellschaftsgläubiger gegen die Gesellschaft erstrittenen bezw. in das Gesellschaftsvermögen erfolglos exequierten Urteils in das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter zu, vgl. Dalloz, a. a. O. n. 138: „celui (jugement), qui aura été rendu contre la société sera exécutoire de droit contre les associés en cas d'insuffisance de l'actif social". In Österreich wird der Römer-Wachsche Standpunkt von Canstein, Lehrbuch des österreichischen Civilprozesses Bd. II S. 548 n. 19 u. 770, vertreten.

[1]) Vgl. S.A. XLIII n. 200; Gr. Beitr. XXX S. 374/375.

streckungsklausel aufgenommen werden sollen, Prozesspartei waren und nur im Rubrum der Klage nicht namentlich, sondern unter einer Kollektivbezeichnung aufgeführt wurden. Für den Fall, dass die Gesellschaftereigenschaft nicht in der in § 665 der C.P.O. bezeichneten Weise liquidierlich sein sollte, wäre eine Klage im Sinne des § 667 der C.P.O. zulässig[1]). Dagegen scheitert die Wachsche Lehre an seiner Stellungnahme zu den sog. Individualeinreden der einzelnen socii. Diese können, wie wir bereits erörtert haben, im Firmenprozess nicht geltend gemacht werden und es fragt sich nun, ob dem Gesellschafter nicht etwa noch in der Exekutionsinstanz Gelegenheit zur Geltendmachung derselben geboten ist. Es bestimmt nun § 686 der C.P.O., dass Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, in der Exekutionsinstanz nur insoweit zulässig sind, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach Schluss derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen in Gemässheit der Bestimmungen der C.P.O. spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können. Hieraus folgt, dass für Geltendmachung der hier in Frage stehenden individuellen Verteidigungsgründe in der Exekutionsinstanz, von den Ausnahmefällen des § 686 der C.P.O. abgesehen, kein Raum mehr ist. Hiegegen wendet sich nun allerdings Wach, indem er unter Berufung auf die ratio legis analoge Ausdehnung des § 686 Abs. 2 auf alle Fälle, wo es sich um

---

[1]) Die Ausführungen Wachs, Verhandlungen a. a. O. S. 73 dürften daher bezüglich dieses Punktes nicht zu beanstanden sein. — Über extensive Interpretation des § 665 der C.P.O. auf Grund seiner Lehre vom Dualismus des Anspruchssubjekts und der Prozesspartei ist zu vergl. Stegemann in der Z. f. d. d. C. XVII S. 367.

Verteidigungsgründe handelt, die im Laufe des Prozesses nicht verwertbar waren, verteidigt. Allein diese gewagte und gezwungene Lösung des Problems hält weder den in rechtlicher Beziehung zu erhebenden Einwendungen Stand, noch entspricht sie dem praktischen Bedürfnis. Was den Wortlaut des § 686 Abs. 2 der C.P.O. betrifft, so ist derselbe völlig klar und unzweideutig. Läge demselben die von Wach unterstellte ratio legis zu Grunde, so wäre im höchsten Grade auffallend, warum diesem Gedanken nicht durch eine entsprechende Fassung der Gesetzesworte Ausdruck gegeben wurde. Es ist darum im Gegenteil anzunehmen, dass der genannte Paragraph bezweckt, die Zulässigkeit der sog. Vollstreckungsgegenklage in einer jeden Zweifel ausschliessenden Weise durch Fixierung einer festen und unverrückbaren Grenze zu normieren. Mit Recht sagt daher Kohler[1]): „für die Anwendung der Vollstreckungsgegenklage ist die Zeit des Urteils (bezw. der entsprechenden letzten mündlichen Verhandlung) die unübersteigliche Schranke, hinter welche nicht zurückgegangen werden kann", und an einer anderen Stelle: „die Bahn der Vollstreckungsgegenklage ist eine sehr begrenzte". Die Bestimmung bezweckt, dem Beklagten die Geltendmachung solcher Verteidigungsgründe zu ermöglichen, die zu einer Zeit entstanden sind, wo sie im Prozess nicht mehr geltend gemacht werden konnten. Wenn das Gesetz hiebei den Beklagten auf den Weg einer selbständigen Klage verweist und ihm überdies vorschreibt, in dieser Klage alle Einwendungen, welche er zur Zeit der Erhebung derselben geltend zu machen im stande ist, geltend zu machen, so zeigt sich hierin

[1]) Kohler in der Z. f. d. d. C. XII S. 119 und im Archiv für civilistische Praxis LXXX S. 190; ähnlich Borchard in Gr. Beitr. XXXIII S. 618 („§ 686 der C.P.O. trifft für bestimmt normierte Fälle gesetzliche Anordnung").

eine dem Beklagten ungünstige Tendenz, die jedoch vollkommen gerechtfertigt ist, wenn man bedenkt, dass in § 686 der C.P.O. solche Fälle vorausgesetzt sind, wo der Beklagte sämtliche ihm zustehenden Verteidigungsgründe im Prozess zur Geltung bringen konnte, während er im Gesellschaftsprozess auf einen bestimmten Kreis von Einwendungen beschränkt ist. So gewiss es daher angezeigt erscheint, in den Fällen, wo ein im normalen Prozessweg erstrittenes rechtskräftiges Erkenntnis vorliegt, den Beklagten auf den Weg einer Gegenklage beim Prozessgericht I. Instanz zu verweisen und das Prinzip der Eventualmaxime zu statuieren, so bedenklich wäre ein solcher Rechtszustand für die letztgenannten Fälle, weil gerade das Moment, das dort die prozessuale Position des beklagten Schuldners, wie § 686 der C.P.O. sie schafft, rechtfertigt, hier, wo dem Beklagten noch keine Gelegenheit geboten war, seinen individuellen Standpunkt dem Gesellschaftsgläubiger gegenüber zur Geltung zu bringen, in Wegfall kommt. Hienach unterscheidet sich das hier in Frage stehende Verhältnis wesentlich von dem in § 686 der C.P.O. entschiedenen Fall und kann deswegen von einer analogen Anwendung jener Bestimmung keine Rede sein. Hiegegen sprechen aber auch Erwägungen praktischer Natur, sofern der dem Gesellschafter hienach gewährte Rechtsschutz ein völlig ungenügender wäre. In vielen Fällen würde der Gesellschafter ausser stande sein, den Beginn der Zwangsvollstreckung zu verhindern, man denke an Fälle, wo der in grosser Entfernung vom Sitz der Gesellschaft wohnende Gesellschafter von dem durch den firmierenden Mitgesellschafter geführten Prozess gar keine Kenntnis hatte, oder wo eine Kollusion zwischen dem umgetreuen socius und dem Gesellschaftsgläubiger vorlag. Dies wäre um so bedenklicher, als der Gesellschafter der Gefahr einer unvorhergesehenen Exekution

auch noch nach Ablauf der in Art. 146 des H.G.B. normierten fünfjährigen Frist ausgesetzt wäre. Sollte aber auch der Gesellschafter von der Existenz des Gesellschaftsprozesses und dem Ausgang desselben Kenntnis haben, so wäre es doch eine ungerechtfertigte, mit den sonstigen Grundsätzen des Prozessrechts unvereinbare Verkümmerung seiner Verteidigungsposition, ihn, der im Gesellschaftsprozess bezüglich Geltendmachung der ihm zustehenden Einwendungen in weitem Umfang beschränkt war, auf den ungewöhnlichen Weg einer selbständigen, von dem Prinzip der Eventualmaxime beherrschten und bezüglich der Wahl des Gerichtsstands beschränkten Gegenklage zu verweisen. Mit Recht wurde deshalb von Boyens [1]) gegen Wach geltend gemacht, „dass es für den einzelnen socius ein grosser Nachteil wäre, wenn die Prozedur gegen seine Person mit der Vollstreckung beginne", während Levy [2]) geradezu von einer „völligen Umkehrung der Elemente des Prozessrechts" spricht. Überhaupt ist von vornherein verkehrt, durch extensive Interpretation einer Gesetzesstelle Abhilfe schaffen zu wollen, deren Tendenz insofern gegen den Schuldner gerichtet ist, als sie die Geltendmachung von Einwendungen in der Exekutionsinstanz möglichst zu beschränken und zu erschweren bezweckt. Hienach beruht m. E. die Wachsche Lehre auf einer Verkennung der ratio legis in § 686 der C.P.O.

Übrigens liegt zu der von Wach verteidigten Auslegung des genannten Paragraphen, bezw. zur Annahme unmittelbarer Vollstreckbarkeit des Gesellschaftsurteils in das Privatvermögen der Gesellschafter um so weniger Anlass vor, als wir in der auch im heutigen Recht noch praktischen Judikatklage einen Rechtsbehelf besitzen, ver-

[1]) Auf dem 19. Juristentag (vgl. Bd. XIX Heft 3 S. 146).

[2]) Daselbst S. 151; vgl. auch Eccius in Gr. Beitr. XXXVI S. 900/901, und B.A. XXIX S. 200.

mittelst dessen die Vollstreckung eines rechtskräftigen Urteils, dessen direkter Vollstreckung durch einfachen Exekutionsantrag gewisse Hindernisse (in unserem Falle die sog. Individualeinreden des Gesellschafters) im Wege stehen, in einer Gläubiger und Schuldner befriedigenden Weise erreicht werden kann. Allerdings hält eine weitverbreitete Meinung die actio judicati des römischen Rechts für eine dem modernen Recht unbekannte, antiquierte Exekutionsform. Diese Ansicht kann nicht geteilt werden. Es ist bekannt, dass das römische Recht zur Zeit des Formularprozesses neben der an Stelle der alten manus injectio getretenen ordo executionis, d. i. der actio judicati, eine executio extra ordinem, d. i. Erwirkung eines Exekutionsbefehls beim Magistrat (sog. imploratio officii judicis) kannte. Zur Zeit der Kaiser kehrte sich das Verhältnis um. Der ordentliche Exekutionsweg war nunmehr die imploratio judicis und nur für Ausnahmefälle bestand noch die actio judicati. Dieser Rechtszustand hat sich im gemeinen Recht erhalten und dauert auch heute noch fort, da ein die actio judicati beseitigendes Gesetz oder Gewohnheitsrecht nicht existiert. Zwar ist nicht zu leugnen, dass sich im modernen Recht eine grundsätzlich verschiedene Auffassung vom Wesen der Judikatklage bezw. der dieser zu Grunde liegenden Judikatsobligation ausgebildet hat. Wenn das römische Recht von dem Grundsatz ausging, dass durch das Urteil der alte Anspruch kraft einer novatio necessaria untergegangen — die konsumierende Wirkung der Litiskontestation und die Notwendigkeit der Geldkondemnation gaben den Anstoss zur Annahme einer solchen „Scheinnovation“ — und an seine Stelle eine neue Obligation, die obligatio judicati mit der actio judicati im Gefolge[1]) getreten ist,

[1]) l. 4 § 7 D. de re jud. 42, 1.

eine Obligation, die allerdings wesentliche Eigenschaften der ursprünglichen Obligation teilte (z. B. Pfandrecht, Bürgschaft u. s. w.), geht die heute herrschende Auffassung davon aus, dass durch das richterliche Urteil die alte Obligation lediglich mit urteilsmässiger Feststellung ausgestattet wird[1]), dass die alte Obligation das materielle Substrat der Judikatsobligation bildet[2]), verstärkt allerdings durch die mit dem Wesen des rechtskräftigen Urteils in Zusammenhang stehenden Momente. Allein diese prinzipielle Verschiedenheit des Grundgedankens, die ja auch praktische Konsequenzen nicht zur Folge hat, beeinflusst selbstverständlich die Frage nach der Geltung der Judikatklage im heutigen Recht nicht.

Die Gegner der Judikatklage[3]) haben in erster Linie geltend gemacht, ein praktisches Bedürfnis für diese Klage

---

[1]) Regelsberger, Pandecten I S. 700. — [2]) Falls eine solche ursprüngliche Obligation überhaupt existierte, denn andernfalls wird durch sog. konstitutive Wirkung des Urteils eine neue Judikatsobligation erzeugt. — Manche Schriftsteller fassen das Verhältnis von Judikatsobligation und ursprünglicher Obligation in der Weise auf, dass sie die erstere zwar nicht an Stelle der letzteren, wohl aber zu dieser accessorisch hinzutreten lassen, sog. „uneigentliche" oder „kumulative" Novation; so Unger, System des österreich. allg. Privatr. II S. 677; Canstein, a. a. O. S. 544; Wächter, Pand. II § 71 S. 539. — [3]) Zu diesen zählen: Windscheid, Pand. I § 129 Anm. 2; Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 2 A. S. 316; Holtzendorf, Rechtslexikon III S. 283; Renaud, Lehrb. des Civilprozesses S. 428; Gareis, a. a. O. S. 164; Pfeiffer im Archiv für civilistische Praxis XXXVII S. 95; aus der Praxis ist zu vgl. S.A. XVI n. 268. 269. Auch die österreichische Doctrin verhält sich der actio judicati gegenüber ablehnend, vgl. Canstein, a. a. O. S. 771 und Unger, a. a. O. S. 685 Anm. 21. Vermittelnd Endemann, „Das deutsche Civilprozessrecht" S. 549 u. 1002, der zwar ebenfalls die actio judicati für praktisch bedeutungslos hält, aber die theoretische Möglichkeit ihrer Anstellung nicht in Abrede stellt.

sei nicht mehr anzuerkennen, zumal der Hauptfall des gemeinen Rechts, der die Vollstreckung ausländischer Urteile im Inlande betraf, durch § 660 u. 661 der C.P.O. geregelt sei. Die Anstellung der actio judicati sei lediglich eine Chikane des Klägers, soweit noch ein Interesse für Geltendmachung von Verteidigungsgründen in der Exekutionsinstanz anzuerkennen sei, haben die Prozessgesetze Bestimmungen getroffen. Allerdings ist nicht zu leugnen, dass sich das Geltungsgebiet der actio judicati im heutigen Recht sehr verringert hat. An ihre Stelle ist für den normalen Fall der einfache Exekutionsantrag getreten. Das schliesst aber nicht aus, dass sich auch heute noch Fälle denken lassen, in welche dieser letztere Weg nicht zum Ziele führt. Dies ist der Fall, wenn der Realisierung der klägerischen Forderung trotz erfolgter Kondemnation des Schuldners noch gewisse Hindernisse im Wege stehen; als solche werden u. a. angeführt[1]): quando dubitatur, an judicatum sit; quando quis negat, sententiam contre se esse latam; si victus longis frustrationibus executionem remoratus fuerit u. dergl. Im vorliegenden Falle besteht das Hindernis darin, dass dem Gesellschafter, der im Gesellschaftsprozess mit seinen Einreden ausgeschlossen war, in der Exekutionsinstanz keine Gelegenheit gegeben ist, dieselben geltend zu machen. Es unterscheidet sich sonach dieser Fall von den soeben angeführten Fällen dadurch, dass hier der Schuldner, dort der Gläubiger ein berechtigtes Interesse daran hat, dass die Vollstreckung des rechtskräftigen Urteils im Wege eines selbständigen Judikatprozesses bewirkt werde. In allen Fällen aber, wo ein solches berechtigtes Interesse nicht vorliegt, ist die Judikatklage

---

[1]) vgl. Buchka, „Die Lehre vom Einfluss des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältnis“ II. Teil S. 215 u. 33.

entgegen der Ansicht derer, die schlechthin elektive Zulassung der actio judicati und des einfachen Exekutionsantrags befürworten[1]), zu versagen und der chikanöse Kläger durch exceptio rei judicatae oder doli generalis[2]) zurückzuweisen. Der einen Gesellschafter mit der Judikatklage belangende Gesellschaftsgläubiger hat freilich diese Gefahr nicht zu befürchten, da er ja überhaupt noch nicht im Besitz eines Vollstreckungstitels gegen den ersteren ist, wohl aber droht ihm möglicherweise Verurteilung zu den Kosten gemäss § 89 der C.P.O.

Durch die im vorstehenden besprochenen Fälle, in denen die Realisierung eines rechtskräftigen Urteils im Wege eines selbständigen Judikatprozesses im Interesse des Gläubigers bezw. Schuldners liegt, dürfte der Nachweis erbracht sein, dass die Judikatklage auch im heutigen Recht noch, wenn auch mit Beschränkung auf ein enges Geltungsgebiet, ein praktisches Bedürfnis ist, wie sie denn auch von der Praxis und namentlich auch vom Reichsgericht allgemein zugelassen wird[3]). Besonders im vorliegenden Fall erweist sie sich als der geeignetste Rechtsbehelf zur Vermittlung der Exekution aus dem Gesellschaftsurteil in das Privatvermögen der socii[4]),

[1]) So u. a. Sintenis, Das prakt. gem. Civilr. Bd. I S. 341; Heffter, System des röm. und deutschen Civilprozesses S. 630; Buchka, a. a. O. S. 214, 215; Osterloh, Der ordentliche bürgerliche Prozess nach K. sächs. Recht 4 A. § 349 Anm. 9; Linde, Lehrbuch des gem. Civilprozesses I § 370; Motive zum B.G.B. I S. 375; vgl. auch Kohler, Deutsches Patentr. S. 645 und Mandry, a. a. O. S. 487 über die actio judicati auf Grund eines auf Buse erkennenden Strafurteils. — [2]) Vgl. Dernburg, Preuss. Privatr. § 137 Anm. 2; dagegen Motive z. B.G.B. a. a. O. — [3]) Vgl. R.G. XVI S. 431; XXII S. 255; XXXVI S. 249; R.O.H. X S. 396; S.A. XI n. 104; XVII n. 192; XX n. 190; XXIV n. 295; XXIX n. 276; XLIV n. 61. — [4]) Übereinstimmend mit dem Text: Hahn, a. a. O. § 7 zu Art. 112; Staub, a. a. O. § 3 zu Art. 112; Willenbücher, a. a. O. n. 2 zu Art. 112; Hergenhahn, a. a. O. S. 201.

indem sie sowohl dem Interesse des Gesellschaftsgläubigers gerecht wird, sofern sie demselben raschen Verlauf des Nachprozesses in Aussicht stellt, als auch dem Interesse des Gesellschafters, weil dessen Recht, seine persönlichen Einwendungen zur Geltung zu bringen, in vollstem Umfang gewahrt bleibt und die aus der Wachschen Lehre resultierenden Nachteile vermieden werden. Der Einwand Wachs, dass auf diese Weise eine Menge langwieriger und kostspieliger Prozesse erforderlich werden, wird, ganz abgesehen davon, dass es ja dem Gesellschaftsgläubiger freistand, sämtliche einzelne Gesellschafter im Prozess der Firma auch bezüglich ihrer Sonderhaftung zu belangen, dadurch widerlegt, dass ein Nachprozess in allen Fällen, wo der einzelne socius Individualeinreden geltend zu machen hat, unvermeidlich ist; in solchen Fällen aber, wo der Schuldner die Befriedigung des Gläubigers durch chikanöses Verteidigungsvorbringen zu hintertreiben sucht, es keinen Unterschied macht, ob er diesen Zweck durch Einwendungen im Judikatprozess oder durch unbegründete Vollstreckungsgegenklagen im Sinne des § 686 der C.P.O. zu erreichen sucht. Nicht zu verwechseln mit der Judikatklage im eigentlichen Sinn ist diejenige Klage, welche nach der herrschenden Meinung vom Gesellschaftsgläubiger gegen die einzelnen socii anzustellen ist und deren Fundament die Behauptungen bilden, die Gesellschaftsschuld sei im Gesellschaftsprozess rechtskräftig festgestellt, Beklagter sei Mitglied der Gesellschaft und hafte als solches für die Gesellschaftsschulden solidarisch. Eine eigentliche Judikatklage liegt hier deshalb nicht vor, weil das Fundament dieser Klage nicht in allen Punkten auf dem bereits ergangenen Urteil beruht oder mit anderen Worten, weil nicht derselbe Anspruch geltend gemacht wird, wie in der Vorklage, die gegen die Gesellschaft als selbständiges Rechtssubjekt

oder, wie andere wollen, gegen den Handlungsfonds gerichtet war. Es kann darum im letzteren Fall höchstens von einer uneigentlichen oder beschränkten Judikatklage gesprochen werden[1]). Das praktische Resultat ist freilich in beiden Fällen nahezu dasselbe, immerhin ist insofern ein Unterschied zu konstatieren, als die spezifischen Eigentümlichkeiten der actio judicati, soweit sie überhaupt im heutigen Recht noch Geltung haben, nur der eigentlichen Judikatklage zukommen. In dieser Beziehung kommt folgendes in Betracht:

Die actio judicati hat ihre selbständige Verjährungsfrist, nämlich die normale 30jährige[2]). Sodann ist für die actio judicati ein selbständiger Gerichtsstand begründet[3]); dieselbe braucht also nicht notwendig beim Prozessgericht des Vorprozesses geltend gemacht zu werden. Dagegen hat die C.P.O. bezüglich der in den §§ 667 und 778 daselbst geregelten speziellen Fälle der Judikatklage das Prozessgericht I. Instanz für zuständig erklärt. Die sog. poena dupli adversus infitiantem, das tempus judicati und die Judikatszinsen galten bereits im gemeinen Recht für antiquiert[4]). Die in den Formen des ordentlichen Prozesses[5])

[1]) In diesem Sinn scheint auch die actio judicati, von der die Entsch. des R.G. XIII S. 96 ff. spricht, aufgefasst werden zu müssen. — [2]) So Savigny, System des heutigen röm. Rechts Bd. V S. 325; Wetzell, System des ordentl. Civilprozesses § 47 n. 113; Wächter, Erörterungen III S. 50 n. 47; Heffter, a. a. O. § 517 n. 62; R.O.H. XIII S. 267; B.G.B. § 218; a. M. Unterholzner, Verjährungslehre II S. 337, nach welchem die 40jährige Litispendenz eintritt; teilweise auch Spangenberg im Archiv für civilist. Praxis Bd. VI S. 374. — [3]) Vgl. Wetzell, a. a. O. § 47 n. 115; a. M. Buchka, a. a. O. S. 216. — [4]) Vgl. jetzt Einführungsgesetz zur C.P.O. § 14 Z. 4; über das preuss. Recht s. Dernburg, a. a. O. § 135 S. 294 n. 3 und Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gem. preuss. Privatr. § 56 b n. d. — [5]) Über die im gemeinen Recht bezüglich dieses Punktes bestehenden Kontroversen s. Buchka, a. a. O. S. 214 n. 31 u. 32.

anzustrengende Judikatklage hat zum Inhalt einen die Zwangsvollstreckung verfügenden Bescheid, eine sogenannte Exequaturerklärung, denn der dieser Klage eigentümliche Zweck besteht in der Realisierung des im Vorprozess (Firmenprozess) ergangenen Urteils gegen die einzelnen Gesellschafter.

Hienach gelangen wir bezüglich der Frage der Vollstreckbarkeit des im Prozess der Gesellschaftsfirma ergangenen verurteilenden Erkenntnisses in das Privatvermögen der einzelnen socii zu folgendem Ergebnis: eine direkte Vollstreckung dieses Urteils in das Privatvermögen der socii findet nicht statt, wiewohl dasselbe auch gegenüber den einzelnen Gesellschaftern, die während der Dauer des Prozesses der Gesellschaft angehört haben, bezüglich ihrer persönlichen solidarischen Haftung Rechtskraft besitzt; ein Vollstreckungstitel gegen letztere ist durch Anstellung einer Judikatklage an einem für die betreffenden Gesellschafter kompetenten Gericht zu erlangen.

Eine zusammenfassende Darstellung der dem Gesellschaftsgläubiger gegen die o. H.G. und deren Mitglieder offenstehenden Rechtswege ergiebt hienach folgende Möglichkeiten:

1. Der Gesellschaftsgläubiger verklagt die o. H.G. als solche bezw. einen vertretungsberechtigten Gesellschafter als Vertreter der Gesellschaft. In diesem Falle erwirkt er, falls er im Prozess obsiegt, ein in den Handlungsfonds direkt vollstreckbares Urteil; behufs Realisierung desselben in das Privatvermögen der socii ist ein selbständiger Judikatprozess, der den Gesellschaftern Gelegenheit giebt, ihre sog. Individualeinreden zur Geltung zu bringen, gegen letztere anzustrengen. Eine Ausdehnung der gegen die Gesellschaft gerichteten Klage auf die einzelnen Mitglieder der Gesellschaft ist zulässig und

treten in diesem Fall die oben erörterten Grundsätze in Kraft.

2. Der Gesellschaftsgläubiger verklagt die Gesellschafter als Einzelne. Für diese Klage dürfte ohne Zweifel am Sitz der Gesellschaft ein Gerichtsstand im Sinne des § 22 bezw. 29 der C.P.O. begründet sein[1]). Das in diesem Rechtsstreit ergehende verurteilende Erkenntnis ist in das Privatvermögen der verurteilten Gesellschafter, dagegen nicht in den Handlungsfonds vollstreckbar[2]). Denn selbst die gegen alle einzelnen Gesellschafter gerichtete Klage hat nicht Rechtshängigkeit bezw. Rechtskraft gegenüber der Gesellschaft als solcher zur Folge. Eine Vertretung durch die firmierenden Gesellschafter findet hier nicht statt; ebensowenig eine Beschränkung der Gesellschafter bezüglich der Geltendmachung von Verteidigungsgründen, womit von selbst gegeben ist, dass eine verschiedene Entscheidung des Rechtsstreits den einzelnen Gesellschaftern gegenüber möglich ist. Auch hier ist eine Erweiterung der Klage auf Verurteilung der Gesellschaft als solcher zulässig, falls gegen sämtliche Gesellschaftsmitglieder Klage erhoben war; das Verhältnis gestaltet sich hier vom Moment der Klagerweiterung an wie in dem unter n. 1) a. E. besprochenen Fall.

3. Der Gesellschaftsgläubiger richtet sein petitum sowohl auf Verurteilung der Gesellschaft als solcher als

---

[1]) Vgl. R.G. XXXII S. 44; S.A. XLIX n. 106; G.Z. XLII S. 526; Gr. Beitr. XXX S. 379; Lastig in Endemanns Handbuch für Handelsr. I S. 394. — [2]) Übereinstimmend mit dem Text: Cosack, a. a. O. S. 565; Behrend, a. a. O. S. 519 A. 14; Entwurf eines H.G.B. § 112 Abs. 2, im Gegensatz zu der für die Gesellschaft des bürgerl. Rechts als § 670 b der C.P.O. in Aussicht genommenen Vorschrift (Anl. II der Denkschrift); a. M. Römer, a. a. O. S. 162.

auch der einzelnen socii. In diesem Fall liegt, wie bereits erwähnt, keine subjektive Klagenkumulation vor, vielmehr ein der sog. objektiven Klagenhäufung ähnliches Verhältnis, d. i. die Gesellschafter sind sowohl mit Rücksicht auf ihre Gesamthaftung als ihre Sonderhaftung belangt. Das vom Gläubiger erstrittene siegreiche, die Gesellschaftsschuld feststellende Urteil ist in den Handlungsfonds, sowie in das Privatvermögen der neben der Gesellschaft verurteilten Gesellschafter vollstreckbar.

Sollte infolge unpräziser Fassung des klägerischen petitums — eine Nennung der Namen der einzelnen Gesellschafter ist allein noch nicht ausschlaggebend — zweifelhaft sein, welche der soeben genannten Klagen angestellt werden will, so entscheidet in erster Linie der Wille des Klägers bezw. das gegenseitige Einverständnis der Parteien.

V.

Die im vorstehenden erörterten Grundsätze über die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des Gesellschaftsurteils finden analoge Anwendung bei den übrigen, dem rechtskräftigen Urteil gleichstehenden Vollstreckungstiteln. In dieser Beziehung ist in erster Linie der Prozessvergleich (C.P.O. § 702 Z. 1 u. 2) zu erwähnen. Dass dieser die einzelnen Gesellschafter auch persönlich verpflichtet, bedarf keiner Ausführung. Dagegen stehen einer direkten Vollstreckung desselben in das Privatvermögen der socii dieselben Bedenken entgegen, die bereits bei der Frage der Vollstreckbarkeit des Gesellschaftsurteils geltend gemacht worden sind. Hienach ist im Gegensatz zur Ansicht von Wach, der den Satz aufstellt, dass jeder Vollstreckungstitel gegenüber der Gesellschaft auch Voll-

streckungstitel gegenüber den einzelnen Gesellschaftern sei[1]), davon auszugehen, dass behufs Ermöglichung der Zwangsvollstreckung des im Gesellschaftsprozess bezw. gemäss § 471 der C.P.O. geschlossenen Vergleichs in das Privatvermögen der Gesellschafter eine selbständige, der Judikatklage analoge Klage aus Vergleich gegen letztere anzustrengen ist[2]).

Dieselben Grundsätze gelten bezüglich der im Konkurs der Gesellschaft gemäss § 132 Abs. 1, vgl. mit §§ 133, 152 Abs. 2 der K.O., festgestellten Gesellschaftsschuld[3]). Hieraus ergiebt sich eine wichtige Konsequenz für den Fall, dass der Gesellschaftsgläubiger die im Gesellschaftskonkurs festgestellte Forderung im Konkurs eines socius anmeldet; erfolgt hier ein Widerspruch gegen diese Forderung, so hat nicht der Widersprechende, wie man gemäss § 134 Z. 6 d. K.O. erwarten könnte, sondern der Liquidant zu klagen, während zweifelhaft bleibt, ob dies auch dann zu gelten hat, wenn die angemeldete Forderung im Firmenprozess rechtskräftig festgestellt worden ist (vgl. das Wort „Endurteil" in § 134 Z. 6 der K.O.).

Die Wirkung des Zwangsvergleichs im Gesellschaftskonkurs gegenüber den einzelnen socii ist in § 200 der K.O. geregelt; hienach erstreckt sich dieselbe, soweit nichts Gegenteiliges verabredet wurde, auch auf letztere, soweit sie zur Zeit der Konkurseröffnung

---

[1]) Wach, Verhandlungen a. a. O. S. 82. — [2]) Übereinstimmend Staub, a. a. O. § 7 zu Art. 117; R.G. XIII S. 96 ff. — [3]) Vgl. einerseits Wach, a. a. O. und Römer, a. a. O. S. 177, welche beiden Schriftsteller direkte Vollstreckung der im Gesellschaftskonkurs festgestellten Forderung in das Privatvermögen der socii verteidigen; andererseits Dernburg, a. a. O. § 221 Anm. 14 und R.O.H. XX S. 184, woselbst die Rechtskraft der Feststellung im Gesellschaftskonkurs gegenüber den einzelnen Gesellschaftern geleugnet wird; richtig R.G. in Gr. Beitr. XXXVII S. 1157 und Entsch. VII S. 92.

noch nicht aus der Gesellschaft ausgeschieden waren[1]); dagegen findet auch hier keine direkte Zwangsvollstreckung gegen dieselben gemäss § 179 der K.O. statt, wenn auch die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger im Konkurs festgestellt worden sein sollten.

Ähnliches gilt bezüglich der Vollstreckung eines Schiedsspruchs. Es steht hier im Belieben des Gläubigers, gemäss § 868 der C.P.O. ein Vollstreckungsurteil gegen die Gesellschaft oder gegen die einzelnen Gesellschafter zu erwirken.

Dasselbe gilt bezüglich der Vollstreckung ausländischer Urteile (vgl. §§ 660, 661 der C.P.O.)[2]). Endlich findet auch aus sog. exekutorischen Urkunden im Sinne des § 702 Z. 5 der C.P.O. ohne individuelle Unterwerfungserklärung des einzelnen Gesellschafters keine Zwangsvollstreckung in dessen Privatvermögen statt.

VI.

Die im vorstehenden gewonnenen Ergebnisse werden von dem Entwurf eines revidierten H.G.B. im wesentlichen bestätigt. Zwar spricht sich derselbe über die Frage nach der rechtlichen Natur der o. H.G. nicht ausdrücklich aus, überlässt vielmehr die Entscheidung dieser Frage nach wie vor der Wissenschaft und Rechtssprechung; trotzdem ist nicht zu verkennen, dass seinen Normen das Societätsprinzip zu Grunde liegt. Zu dieser Annahme führt folgende Erwägung: es ist bekannt, dass das B.G.B. eine Reihe von Gedanken und Rechtssätzen, die im Handelsrecht zur Anerkennung gelangt waren, aufgenommen hat, bezw. civilrechtliche Grundsätze im Anschluss an

[1]) Vgl. R.G. XXIX S. 39. — [2]) Vgl. R.G. XVI S. 431; unrichtig Renaud, a. a. O. § 18 S. 51 n. 23.

handelsrechtliche Normen modifiziert hat. Man hat darum geradezu von einer „Kommerzialisierung“ des bürgerlichen Rechts gesprochen [1]). Speziell auf dem Gebiete des Gesellschaftsrechts ist diese Wahrnehmung zu machen. Eine ganze Reihe bisher nur dem handelsrechtlichen Gesellschaftsrecht bekannter Rechtsnormen hat dasselbe auf die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts übertragen [2]), vgl. u. a. die §§ 718, 719 ff., 725 des B.G.B., ohne dass jedoch durch diese namentlich im Anschluss an die zweite Lesung erfolgte Aufnahme deutsch-rechtlicher Grundsätze der Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand das charakteristische Symptom der Societät aufgegeben worden wäre. Infolge dieser „Kommerzialisierung“ des bürgerlichen Rechts hat sich das Gebiet der der handelsrechtlichen Societät eigentümlichen Rechtsnormen wesentlich verringert und kann es einem Zweifel nicht unterliegen, dass letztere von der Societät des bürgerlichen Rechts begrifflich nicht verschieden ist, sondern lediglich eine auf Zweckmässigkeitsgründen beruhende, für den Handelsverkehr bestimmte Unterart jener bildet [3]). Hieraus ist weiterhin zu folgern, dass die von uns vom Standpunkt der Societätstheorie aus gewonnenen Resultate auch nach dem revidierten H.G.B. insoweit gelten werden, als letztere nicht positiv abweichende Bestimmungen trifft. Letzteres hat der Entwurf in mehrfachen Beziehungen in Aussicht genommen.

Was zunächst die Rechtskraft des im Gesellschaftsprozess ergangenen Urteils betrifft, so gelangten wir zu dem Ergebnis, dass das freisprechende Urteil allen, die civilrechtlich für die Gesellschaftsschuld haften, zu gute komme, während das verurteilende Erkenntnis nur den-

[1]) Rieser, Der Einfluss der handelsrechtlichen Ideen auf den Entwurf eines B.G.B. S. 14 u. 63. — [2]) Vgl. Lehmann im Archiv für civilistische Praxis Bd. 86 S. 312. — [3]) Staub, Kritische Betrachtungen zum Entwurf eines H.G.B. S. 20.

jenigen Gesellschaftern gegenüber, die im Laufe des Gesellschaftsprozesses der Gesellschaft angehörten, Rechtskraft habe. Mit Recht geht der Entwurf in letzterer Hinsicht weiter, indem er dem Urteil Rechtskraft gegenüber allen Gesellschaftern, die civilrechtlich für die Gesellschaftschuld haften, zuschreibt, so dass letztere, wenn sie persönlich wegen der Gesellschaftsschuld belangt werden, von den in ihrer Person begründeten Einreden abgesehen, nur solche Einreden geltend machen können, welche auch die Gesellschaft noch geltend machen kann. Dies ist der Inhalt des § 127 Z. 1. Insoweit dieser Paragraph die Rechtskraft des Urteils auch auf solche Gesellschafter erstreckt, die nie Prozesspartei waren, enthält derselbe eine Abweichung von dem § 425 des B.G.B., welcher statuiert, dass ein gegen einen correus ergangenes Urteil einem andern correus nicht präjudiziere und hiemit die im gemeinen Recht in dieser Richtung bestehende Kontroverse schlichtet.

Trotzdem der Entwurf anerkennt, dass das Gesellschaftsurteil Rechtskraft gegenüber den einzelnen Gesellschaftern habe, verwirft derselbe in Übereinstimmung mit der bisher herrschenden Meinung die direkte Vollstreckbarkeit des Urteils in das Privatvermögen der Gesellschafter (vgl. § 127 Z. 4). Behufs Realisierung dieses Urteils und demgemäss auch diesem gleichstehender Vollstreckungstitel in das Privatvermögen der socii ist hienach eine selbständige Klage gegen die einzelnen Gesellschafter erforderlich. Diesem Zweck dient, soweit es sich um Inanspruchnahme derjenigen Gesellschafter, die im Gesellschaftsprozess Partei waren, handelt, die in Abschnitt IV besprochene Judikatklage.

Was die in Abschnitt III besprochenen Punkte betrifft, so nimmt der Entwurf nur bezüglich des in Z. 10 erörterten eine Änderung in Aussicht. Namentlich wirkt

die gegenüber der Gesellschaft erfolgte Unterbrechung der Verjährung auch nach dem Entwurf denjenigen Gesellschaftern gegenüber, die zu dem fraglichen Zeitpunkt Mitglieder der Gesellschaft waren; für den Fall, wo die Unterbrechung der Verjährung der aufgelösten Gesellschaft gegenüber erfolgt, hat derselbe in § 146 ausdrückliche Bestimmung getroffen. Dagegen gilt der gemeinrechtliche Satz, dass Klagunterbrechung gegenüber einem correus auch gegenüber den übrigen correi Wirkung habe, infolge der Vorschrift des § 425 Abs. 2 des B.G.B. in Zukunft nicht mehr, so dass die Bestimmungen des Art. 148 des H.G.B. teilweise entbehrlich werden.

Auch bezüglich der Frage der Kompensation von Gesellschaftsforderungen und Privatschulden eines Gesellschafters und umgekehrt soll es bei dem bisherigen Recht verbleiben. Nur tritt an Stelle des Art. 121 des H.G.B. § 719 Abs. 2 des B.G.B. Die Streitfrage, ob der wegen einer Gesellschaftsschuld beklagte Gesellschafter mit einer Gesellschaftsforderung kompensieren könne, entscheidet der Entwurf in § 127 Z. 3 in konsequenter Durchführung des Prinzips der Trennung des Gesellschaftsvermögens vom Privatvermögen der Gesellschafter in gleicher Weise, wie es § 770 Abs. 2 des B.G.B. für die Bürgschaft gethan hat.

Auch bezüglich der in Z. 9 besprochenen Fälle des Ein- bezw. Austritts eines Gesellschafters aus der Gesellschaft durante processu ändert der Entwurf nichts. Nur gründet sich die Vertretungsbefugnis der verbleibenden Gesellschafter gegenüber dem ausgeschiedenen Gesellschafter in Zukunft auf § 740 Abs. 1 des B.G.B.

Nur bezüglich des in Z. 10 erörterten Falls der Auflösung der Gesellschaft im Lauf des Gesellschaftsprozesses hat der Entwurf eine Änderung getroffen, sofern er im wesentlichen der bereits oben Seite 36 erwähnten

Auffassung folgt, dass durch die Auflösung der Gesellschaft nur die produktive Seite derselben ihr Ende finde, während sie im übrigen, auch wenn sich kein Liquidationsverfahren anschliesst, als fortbestehend gedacht wird, bis die endgültige Auseinandersetzung erfolgt ist (vgl. § 144 des Entwurfs). Übrigens soll diese Bestimmung nur für den Fall gelten, dass noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist; ist letzteres nicht der Fall, so treten die oben unter Z. 10 besprochenen Änderungen ein.